Microlog Microfiche Collection
Resolution Chart

Copyright

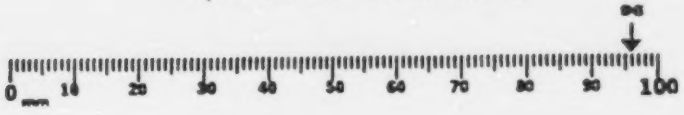
Copyright for the *contents* of this microfiche is held by the publisher of the original document. Please contact the original publisher for guidance in all copyright matters. Copyright in this *microfiche edition* is held by Micromedia Limited.

Quality of the Microfiche Reproduction

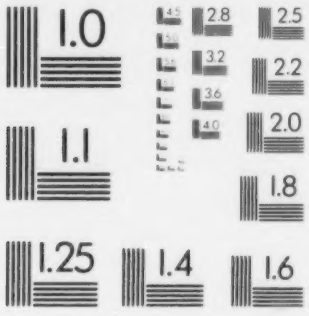
Micromedia Limited maintains the highest standards for micrographic reproduction. Attempts are made to obtain the best quality print version to microfilm. However, there are some printing styles, colours and graphic layout styles (including maps, graphs and tables) which do not reproduce well. Because of the value of the original document, Micromedia has filmed it recognizing that it may not be as easy to read as the original document.

Some pages have been filmed twice to improve the clarity of the reproduction. Consult both reproductions to ensure that all of the original text is read.

Microcopy Resolution Test Chart
National Bureau of Standards
Standard Reference Material 1010a
(ANSI and ISO Test Chart No. 2)



PM-1 3½"x4" PHOTOGRAPHIC MICROCOPY TARGET
NBS 1010a ANSI/ISO #2 EQUIVALENT



MS109

NATIONAL MICROGRAPHICS ASSOCIATION

24x

micromedia
a division of IHS Canada

20 Victoria Street, Toronto, ON M5C 2N8
Tel.: (416) 362-5211
Toll free: 1-800-387-2689
Fax: (416) 362-6161

Collection MICROLOG sur Micromédia
Tableau de résolution

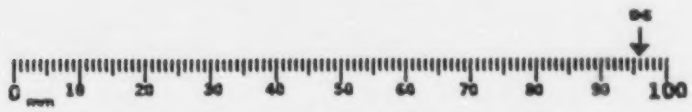
Droits d'auteurs

Les droits d'auteurs du conenu de cette microfiche sont détenus par l'éditeur du document original. Veuillez communiquer avec celui-ci pour obtenir des renseignements sur tout ce qui touche les droits d'auteurs. Les droits d'auteurs de cette édition sur microfiche sont détenus par Micromédia Limitée.

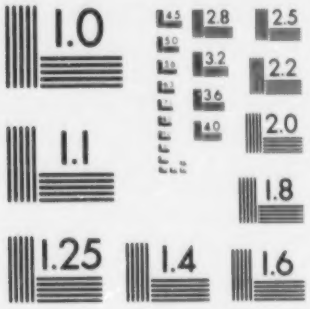
Qualité de reproduction sur microfiche

Micromédia Limitée maintient les normes de reproduction micrographique les plus élevées. Elle fait tout son possible pour obtenir la version sur papier à reproduire sur microfiche de la meilleure qualité possible. Cependant, certains styles d'imprimerie, de couleurs et de style de mise en page graphique (incluant des cartes, des grahiques et des tableaux) se reproduisent mal. En raison de la valeur du document original, Micromédia l'a reproduit tout en reconnaissant qu'il ne sera peut-être pas aussi lisable que le document original.

Tableau de résolution micrographique
National Bureau of Standards
Standard Reference Material 1010a
(ANSI and ISO Test Chart No. 2)



PM-1 3½"x4" PHOTOGRAPHIC MICROCOPY TARGET
NBS 1010a ANSI/ISO #2 EQUIVALENT



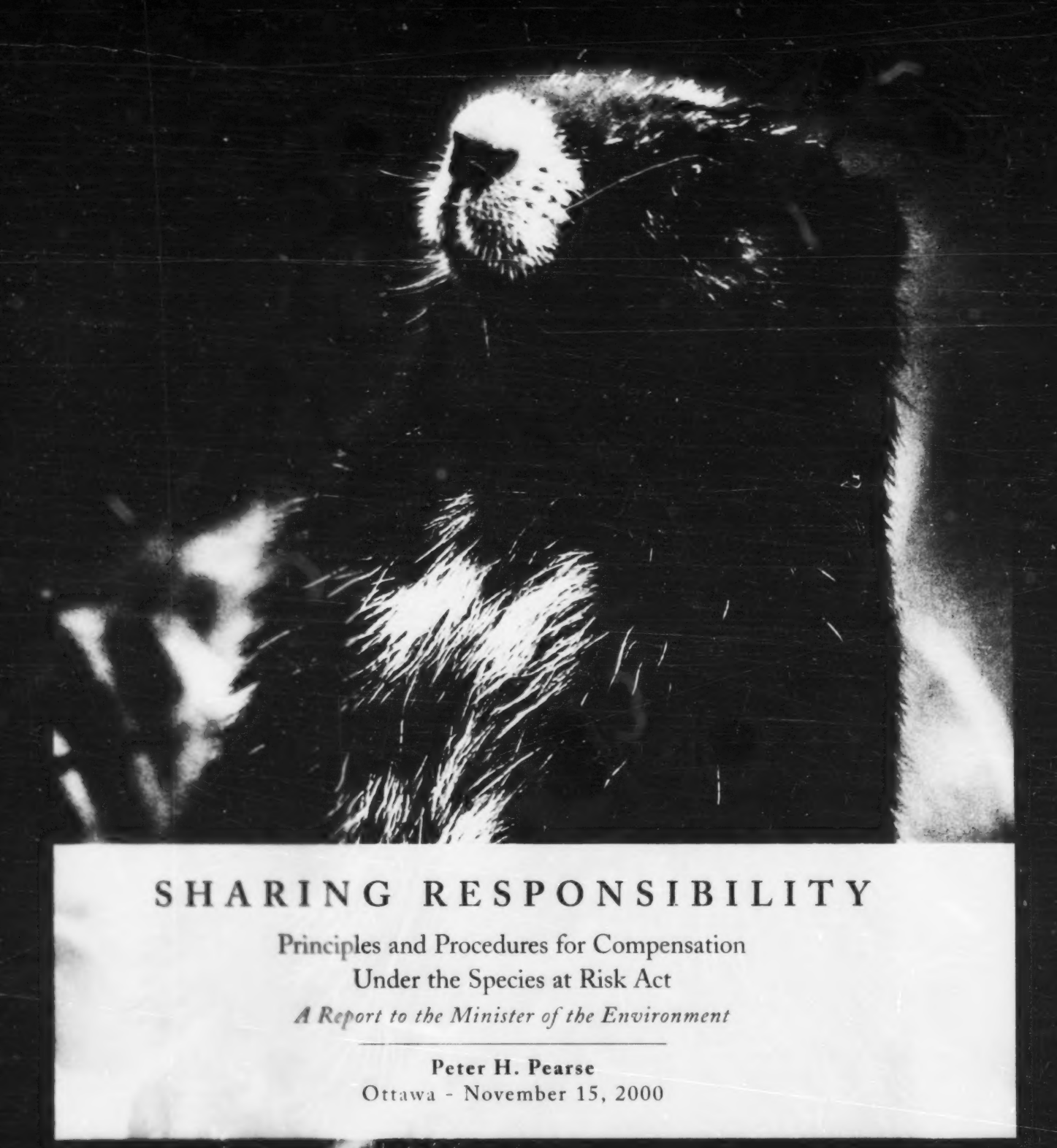
MS109

24x

NATIONAL MICROGRAPHICS ASSOCIATION

micromedia
a division of IHS Canada

20 Victoria Street, Toronto, ON M5C 2N8
Tel.: (416) 362-5211
Toll free: 1-800-387-2689
Fax: (416) 362-6161



SHARING RESPONSIBILITY

Principles and Procedures for Compensation Under the Species at Risk Act

A Report to the Minister of the Environment

Peter H. Pearse

Ottawa - November 15, 2000

Contents

Preface	1
Introduction	3
The Species At Risk Act And The Compensation Issue	5
Compensation Policies And Principle	9
Framework For Compensation Policy	15
Coordination With Provinces And Territories	24
Special Provisions For Aboriginal Lands	27
Concluding Comment	31
Documents Cited	32

101-03975/

PREFACE

On April 11, 2000 the Minister of the Environment introduced into Parliament Bill C-33, the *Species at Risk Act*, to provide the legislative framework for fulfilling the government's commitment to protect endangered species in Canada. The main threat to these endangered plants and animals is destruction of their natural habitats, and to protect critical habitats the *Act* emphasizes voluntary and cooperative arrangements with provincial and territorial governments, landowners, aboriginal groups, resource industries and others, with federally sponsored financial incentives and stewardship programs. The *Act* recognizes that cooperative efforts are likely to fail sometimes, and to deal with such cases it provides for regulatory restrictions on the use of land to protect the critical habitats of species at risk. The *Act* also provides that compensation may be paid to anyone who suffers losses as a result of any "extraordinary impact" of the restrictions.

These arrangements for compensation represent a significant departure from the customary approach to land use regulation in Canada and elsewhere, and they are a subject of keen interest and concern among those who are likely to be most affected by them. But the *Act* itself offers limited guidance as to how compensation should be provided. In April 2000, the Minister asked me for independent advice on the principles and policies that should guide the provision of compensation under the *Species at Risk Act*. This report contains my conclusions and recommendations.

I conducted my investigation during the summer and fall of 2000, while the *Species at Risk Act* was before Parliament. Before this report was completed, Parliament was dissolved with the call of an election in late October, leaving the Bill's future uncertain.

In appointing me to this task, the Minister asked me to meet with representatives of those who were likely to be most affected by the compensation provisions of the proposed Species at Risk policy to ensure that their concerns would be taken into account.

I immediately contacted all those who had expressed views on the subject, either to the Minister or to the Department of the Environment. I also contacted the relevant deputy ministers in all provinces and territories, and other industrial organizations, aboriginal groups and environmental representatives who I thought would have views on the subject. During the ensuing months, a considerable number of individuals and organizations contacted me to express their views and concerns.

My consultations took various forms - written submissions, meetings, email messages, telephone conference calls, discussions with individuals and combinations of these. I also had the benefit of submissions to the House of Commons Standing Committee on Environment and Sustainable Development, which was simultaneously reviewing Bill C-33.

I travelled across Canada several times to meet with interested groups. These consultations have been exceedingly helpful, and I believe that the input I received is a balanced representation of the views and opinions of those who are likely to be most affected by the compensation provisions of the *Species at Risk Act*.

The organizations and individuals I consulted overwhelmingly supported the basic objective of the *Species at Risk Act* - to protect the full range of natural plants and animals in Canada - and in this respect they were representative of the view of all Canadians, reflected in public opinion polls. The thrust of their representations was, therefore, how to make the legislation work most effectively and fairly. Their contribution — a stimulating range of information, suggestions and advice — was most helpful to me in carrying out this task. I am also deeply indebted to Professor Philip Bryden of the Faculty of Law at the University of British Columbia for his assistance with the legal aspects of this issue.

Peter H. Pearse, C.M.
Vancouver

INTRODUCTION

The *Species at Risk Act*, which died on the order paper when Parliament was dissolved with the call of an election in October 2000, has been a central element in the federal government's strategy in support of the international effort to protect the natural diversity of plants and animals. Canada, because of its vast area and variety of forests, wetlands, lakes and other landscapes, supports an enormous number and variety of natural species. But 12 species have become extinct in Canada, 341 are at risk of extinction, and the list is growing, mainly due to disturbance of their natural habitats.

The *Species at Risk Act* was specifically designed to prevent more species from becoming extinct, and to restore threatened populations to healthy levels.

The *Act* sets out a comprehensive program for identifying species at risk, controls to protect them and their habitats from further harm, measures to ensure their recovery, and arrangements for engaging relevant parties — provincial and territorial governments, landowners, aboriginal groups and others - in the whole process.

The *Species at Risk Act* covers all wildlife species at risk and their habitats throughout Canada, but it also recognizes the responsibilities of the provinces and territories in managing wildlife and emphasizes cooperative arrangements among governments. For the purposes of this report, the federal government's most important powers under the *Species at Risk Act* are referred to as a "safety net;" these are the powers that enable it to ensure that the collective effort of all governments combined is adequate and complete, so that Canada can meet its commitment to protect its endangered species.

> **"... we live in a society today where, if an individual suffers losses because of undertakings carried out in the public interest, the public interest requires that the individual be compensated."**
>
> B.C. Law Reform Commission
> *(cited in B.C. Forest Industry Task Force on Resource Compensation 1992)*

The federal government's preferred approach to protecting the critical habitats of species at risk, reflected in the proposed *Act*, is to engage the voluntary efforts of landowners and others through incentive and "stewardship" programs, supported when needed, with federal funds. This distinguishes the policy from most other government efforts to protect public values on land in Canada, which usually take the form of regulatory restrictions backed up by penalties. The emphasis here is on the carrot, rather than the stick.

While the emphasis of the *Species at Risk Act* is on cooperative arrangements, it does provide for mandatory controls. Where voluntary efforts cannot be negotiated, or fail for one reason or another, or where there is no other governmental protection, the *Act's* "safety net" provisions provide for regulatory restrictions on land use to

protect the critical habitats of threatened and endangered species. For these cases, which are expected to be rare, the *Act* provides for compensation to those whose property is adversely affected, as follows:

Compensation

64. (1) The Minister may, in accordance with the regulations, pay compensation to any person for losses suffered as a result of any extraordinary impact of the application of section 58, 60 or 61 or an emergency order identifying habitat necessary for the survival or recovery of a wildlife species.

Regulations

(2) The Governor in Council may make regulations that the Governor in Council considers necessary for carrying out the purposes and provisions of subsection (1), including regulations prescribing:

(a) the procedures to be followed in claiming compensation;

(b) the methods to be used in determining a person's eligibility for compensation, the amount of loss suffered by that person and the amount of compensation to be paid for that loss; and

(c) the terms and conditions for the payment of compensation.

"(The *Species at Risk Act*) recognizes that compensation may be needed to ensure fairness following the imposition of the critical habitat prohibitions."

Bill C-33 (Summary)

This report deals specifically with these arrangements for compensation. Although regulatory restrictions on land use and compensation are not intended to be the usual way of protecting critical habitats, they are, for those who depend on the freedom to manage their land and resources, the most sensitive and controversial feature of the proposed policy. I was asked for independent advice on compensation, and specifically to recommend a set of principles and policies for administering the compensation provisions of the *Species at Risk Act*.

Because this is to be a public report, it goes beyond a bare summary of my recommendations to the Minister, to explain a little about the *Species at Risk Act* itself, the role of compensation in its larger framework, the concerns that, in light of the representations made to me, I think must be responded to, and the rationale of my conclusions. My assignment was not to propose amendments to the *Act* but to recommend a framework for compensation that can be embodied in supplementary regulations.

While I was preparing this report, Parliament was dissolved with the call of an election in October 2000, and the *Species at Risk Act* died on the order paper. A new government might, of course, use different language in any new legislation to protect endangered species. But my assignment, and my consultations with interested parties, took place within the context of the *Species at Risk Act* that was before Parliament, and my recommendations are designed to implement that particular act.

The Species At Risk Act And The Compensation Issue

Canadian legislation to protect endangered species is part of a global effort to maintain the biological diversity of the planet. In 1992, with broad public support, Canada signed the United Nations Convention on Biological Diversity. This involved a commitment to put in place "... legislation and/or regulatory provisions for the protection of threatened species and populations."

Because responsibility for wildlife is shared by federal and provincial governments, Canada's international commitment calls for intergovernmental cooperation. In 1996, all provinces and territories, and the federal government, agreed on a national commitment in the form of the Accord for the Protection of Species at Risk. This includes an undertaking to "... establish complementary legislation and programs that provide for effective protection of species at risk throughout Canada." Four provinces already had laws to protect endangered species, and six provinces and territories have since introduced new or strengthened legislation.

"...a strong law which protects both species at risk and their habitat is a critical component of Canada's national implementation of obligations under the Convention on Biological Diversity."

West Coast Environmental Law

The new federal legislation, in the form of the *Species at Risk Act*, thus responds to both an international commitment and a national commitment to protect endangered species. The international commitment means that we must find a way to protect Canada's share of the world's flora and fauna. The national commitment means that we must do so in a way that respects our unique constitutional division of governmental responsibilities and the values of Canadians. The latter is especially relevant to the arrangements for compensation to landowners or others confronted with burdensome restrictions to protect species at risk — the subject of this report.

The federal effort to put in place the legislative framework to protect endangered species has been underway for several years. The first attempt to provide a federal legislative framework was the Canada *Endangered Species Protection Act* (Bill C-65). It was introduced in Parliament in 1996 but died on the order paper with the call of an election in 1997. The *Species at Risk Act* addresses several criticisms of the earlier bill. Among other things, it provides for compensation to people who suffer losses as a result of an extraordinary impact of the regulatory restrictions on land use imposed under the *Species at Risk Act*.

The federal government's consultation effort included publication of discussion papers on its developing policy framework, one of which provided a summary of the commentary received from landowners and other interest groups on the specific question of compensation under the new *Act*. This paper, *Proposed Species at Risk Act: A Discussion Paper on Compensation* (May 2000), was particularly helpful in my consultations with interest groups, and in focusing attention on the issues I was assigned to deal with, as discussed on the following pages.

The Path Toward Compensation

The *Species at Risk Act* recognizes that to protect endangered wildlife, it is necessary to protect not only threatened plants and animals themselves, but also their critical habitats. The compensation provisions of the *Act* apply only when regulatory measures are taken to protect critical habitats.

Before compensation becomes an issue, several steps must be taken. First, an independent committee of scientists must assess the status of each wildlife species considered at risk, and classify it as extinct, extirpated, endangered, threatened or of special concern. This will form the basis for the Minister of the Environment's recommendation to Cabinet of an official List of Wildlife Species at Risk.

Any species appearing on the List as extirpated, endangered or threatened will automatically be protected against killing, harassing, capturing, disturbing its nest or residence and trading in it. These prohibitions apply, in the first instance, to all federal land and to aquatic species and migratory birds that are subjects of federal jurisdiction.

The prohibitions may also be extended, by Cabinet order, to provincial, territorial and private lands if the Minister concludes, after consultation with the responsible provincial or territorial minister, that the laws of the province or territory do not adequately protect the species.

For each species listed as endangered or threatened, the Minister must prepare a recovery strategy in cooperation with provincial and territorial ministers, other federal ministers, aboriginal organizations, landowners and others who have responsibilities or interests in the area where the species is found. Among other things, the recovery strategy must identify, to the extent possible, the population of the species, its critical habitat, its needs and threats to its survival, and, if its recovery is feasible, the approach to be taken to address these threats. To implement the recovery strategy, the Minister must prepare one or more action plans, again in cooperation with ministers and others with interests in the case.

"Many, many farmers have demonstrated an interest and willingness to assist wildlife species at risk."

Ontario Soil and Crop Improvement Association

As part of the action plan, the minister may enter into agreements with any government, organization or person to take conservation measures, and the minister may contribute to the cost. These voluntary stewardship arrangements with landowners and others are expected to become the primary way of protecting critical habitat.

In the event that adequate voluntary arrangements cannot be negotiated, the Minister may, after further consultations, recommend to Cabinet the adoption of regulations to protect the critical habitat, which may require the owners and users of the land or water to do certain things or refrain from certain activities. If the critical habitat is not already protected, the Minister is required to recommend regulations and to report on the measures taken within 180 days following identification of the critical habitat. This regulatory power extends to all lands and waters in Canada, not just federal lands. (These controls are referred to in this report as "regulations" or "regulatory restrictions", to distinguish them from the automatic "prohibitions" against harming listed species, referred to above.) When such regulatory restrictions are invoked, "The Minister may... pay compensation to any person for losses suffered as a result of any extraordinary impact...".

This report is concerned with the last of these steps - the provisions for compensation when stewardship and other cooperative arrangements cannot be made and the government, as a last resort, imposes regulatory restrictions to protect critical wildlife habitat.

Some general features of the *Act* bear on the compensation issue. One is that, for lands and species other than those falling under federal jurisdiction, it defers in the first instance to provinces and territories (which are treated much like provinces) to protect critical habitats, and gives the federal Minister a responsibility to intervene only when he finds their measures inadequate. Another is its heavy emphasis throughout on consultative and cooperative arrangements with provincial and territorial governments, private landowners, aboriginal organizations and others affected by the policy. A third feature, reinforced by the previous two, is its detailed provisions for voluntary actions to protect the critical habitats of species at risk, and the correspondingly lesser emphasis on the mandatory, regulatory restrictions under which compensation may be provided.

The reliance on voluntary measures and incentives distinguishes the *Species at Risk Act* from its legislative counterpart in the United States, which depends on mandatory restrictions backed up with penalties. The U.S. system has been associated with a good deal of economic dislocation and significant losses suffered by landowners and others, with no compensation. Many observers believe the U.S. legislation has sometimes had the perverse effect of inducing landowners to destroy evidence of endangered species on their land — to "shoot, shovel and shut up". Unhappy experience in the United States has raised anxieties in this country, and led to some confusion about the government of Canada's new legislation.

"...a carrot should be used whenever possible, starting with incentives for good management and ending with compensation."

Federation of Canadian Municipalities

Incentives versus Compensation

Before proceeding further I must distinguish carefully between "incentives" and "compensation" as these terms apply to the endangered species policy. Both can refer to a transfer of funds from government to a landowner, offsetting costs or losses incurred in protecting wildlife habitat, and so they are often confused. There is an important difference, however, in the context in which the payment is made and its purpose. An incentive payment is made to someone who accepts it as part of a willing undertaking to cooperate in a stewardship effort to help protect or enhance an endangered species.

Compensation, in contrast, is a payment made to someone who will suffer a loss from a governmental restriction on the way he may use or manage his land. The restriction is not mutually agreed upon, but unilaterally imposed by the government to protect a species' habitat.

The payment is intended to reduce the landowner's loss. Thus compensation refers, here and in the *Species at Risk Act*, to payments to those that would otherwise bear the full burden of restrictions on land use, and these regulatory restrictions will be invoked only when voluntary arrangements, including incentives, cannot be arranged.

The Limited Role for Compensation

While compensation is regarded by many who might be affected by the *Species at Risk Act* as extremely important, if not the issue of greatest concern, it is intended to play a relatively minor role. The legislation and supporting documentation are clear in their intention that protection of the habitats of endangered species will be based mainly on voluntary, cooperative efforts, supported when necessary with government funds or other incentives.

Under the proposed Species at Risk policy, compensation will come into play only when landowners are unable or unwilling to engage in cooperative solutions and critical habitats are not otherwise protected; where, in effect, all other efforts fail and the government must resort to the imposition of regulatory restrictions. If the policy works well, these cases will be rare; the better it works, the rarer they will be. To put it another way, the frequency with which the federal government invokes regulatory controls and compensation will be a measure of the policy's failure.

"...compensation should only be a last resort. We should avoid creating a system which would remove incentives for involvement in stewardship... We must also be careful not to siphon off precious resources from... recovery programs..."

Government of Newfoundland and Labrador

The scope for compensation under the *Species at Risk Act* is thus narrowed in several ways. In the first place, it is a federal provision, and the first responsibility for protecting many endangered species falls to the provinces and territories. In the second place, when the federal government intervenes, it will emphasize cooperative, voluntary measures not calling for compensation. And further, even when coercive measures are necessary, they are likely to open the door to compensation only when the habitat needing protection is terrestrial, because aquatic habitat associated in any way with a fishery is already protected under the federal *Fisheries Act*, which has the advantages of broader scope, simplicity of application and familiarity.

My consultations revealed broad support for the federal effort to protect endangered species in Canada. Almost all those who made representations to me supported the basic objective of the *Species at Risk Act* — to protect the full range of natural plants and animals in Canada.

Representatives of some resource industries went further. Though conscious of the potential costs, they also saw possible benefits in the engagement of government expertise in managing wildlife on their lands, in the identification of their products with environmentally friendly methods of production, and in the opportunity to prove themselves responsible stewards of land and resources.

But support for the *Species at Risk Act* is qualified, and for many groups an important condition of their support is compensation for those who would otherwise bear the full brunt of regulatory restrictions on land designated critical habitat. Those whose land and resources are likely to be impacted by this legislation generally support a broad compensation program, and most others consider compensation reasonable and appropriate, at least.

Some people object to compensation, however. Among these, some feel strongly that landowners have a duty, or social responsibility, to protect the ecological integrity of their land and the natural species it supports. Some assume (perhaps mistakenly) that those whose lands must be regulated to protect the habitats of endangered species are responsible for their endangerment in the first place, so they should not be compensated. Others fear the cost of compensation might deter government action to protect species at risk. And a widely held view among commentators is that government funds available for species recovery will be most usefully spent in support of voluntary stewardship measures, without recourse to regulatory restrictions and compensation.

"if recovery planning involves affected stakeholders throughout the process, takes into account socio-economic considerations, and focuses on stewardship, incentives and voluntary activities, the requirements for compensation will be minimized."

Council of Forest Industries
Industrial, Wood and Allied Workers of Canada
Forest Alliance of British Columbia

In the government's documentation, and in my consultations with landowners and others, the most frequent rationale for compensating people when the use of their land is restricted to protect endangered species is that of fairness: the benefit of protecting species accrues to everyone, so those few whose land is needed for this purpose should not have to bear the full cost. But other, less obvious reasons have been offered as well. One is the need for fiscal discipline: compensation forces governments to recognize the cost of their actions. A third rationale is to strengthen the institutions of property on which our economic and social systems heavily depend. And a fourth is pragmatic; U.S. experience has shown that the absence of incentives and compensation discourages landowners from protecting endangered species, and causes them to be regarded as liabilities.

Regulatory Restrictions versus Expropriation

For the purposes of this report, it is important to note the difference between "restrictions on the use of land", as contemplated in the *Species at Risk Act*, and "expropriation" of land. Expropriation means taking property from its private owner and transferring title to the Crown. Provincial and federal governments all have well established arrangements for expropriating private property for roads and other public purposes. Expropriation laws set out how this will be done, how compensation will be determined, how disputes will be resolved, and so on. Over the last couple of decades, expropriation codes in Canada have undergone substantial reform, becoming more respectful of private property, providing for more generous compensation, and employing more fair and open procedures.

The *Species at Risk Act* does not deal with compensation arising from expropriation, however. If a provincial, territorial or federal government were to expropriate property for the purpose of protecting an endangered species, it would do so under its existing expropriation laws. Thus it is not necessary, here, to deal with the way compensation should be handled in the event of expropriation of private property.

"Property owners must be compensated for partial takings, i.e. when the uses of the property are significantly reduced but ownership is not taken."

Ontario Property and Environmental Rights Alliance

The *Species at Risk Act* provides for regulatory restrictions on the use of land to protect critical wildlife habitats. If the impact of these restrictions were so severe as to prevent an owner from gaining beneficial use of his land, a court might deem it equivalent to expropriation (de facto expropriation, or, in the language of NAFTA, "tantamount to" expropriation). If so, the law governing expropriations would apply, and fair compensation be called for. Here, then, we need to concern ourselves only with regulatory restrictions to protect critical wildlife habitat under the *Species at Risk Act*, which are not so intrusive as to amount to expropriation.

The *Species at Risk Act* recognizes the possibility of the federal government acquiring land from a private owner, but that would involve the vendor's agreement on the price and other terms, so compensation would not be an issue. I am, therefore, concerned in this report with only a narrow band of circumstances, where the federal government, with advice from a committee of scientists, identifies a species as endangered or threatened; where the action plan for its protection and recovery calls for controls on the way its critical habitat is used and managed; where the federal Minister finds that the efforts of other governments are not sufficient to provide the needed habitat protection; where cooperative stewardship arrangements (including incentive payments when appropriate) cannot be negotiated; and where the federal government therefore resorts to regulatory restrictions to protect the habitat without disturbing the ownership of the land or water affected.

Break from Established Policies

Before turning to recommendations about the provision of compensation under the *Species at Risk Act*, it is important to note the established law and policies on compensation when governments in Canada intrude on the rights of landowners. There is an ongoing legal debate in Canada and elsewhere about the line between regulating land use and "taking" property, which parallels the debate about the kind of governmental intrusions that require compensation. The law is evolving and has many esoteric aspects; policies vary somewhat across the country; and there are many exceptions to the general rules. This is not the place to describe the established arrangements in detail but, at the risk of oversimplification, some generalizations can be made.

I have already noted that federal and provincial governments have well established provisions for compensating landowners when they expropriate private property - that is, when they take property away from its owners. However, under the *Species at Risk Act*, we are dealing not with expropriation but with regulatory restrictions on the way land may be used.

Governmental regulations prohibiting people from using their property in ways previously lawful have proliferated in recent years. Land reserves prohibit farmers and forest owners from developing their land; both rural and urban land is commonly zoned to restrict land to particular uses; agricultural, forestry and mining practices are regulated; disturbance of wetlands, fish habitat and archeological sites is prohibited; municipal by-laws restrict land uses in innumerable ways; and many other kinds of regulations and restrictions have multiplied, chipping away at the traditional right of owners to use and manage their land as they wish.

Some of these restrictions, such as the prohibition on disturbing fish habitat in the federal *Fisheries Act*, have been in place for a very long time - so long that few present landowners have borne the brunt of their introduction. Many more have been introduced recently, often adversely affecting property values, sometimes significantly. But, in contrast to the provisions for expropriations, compensation for such regulatory restrictions is rare.

In Canada, expropriation laws are consistent with the common law presumption that the government will not take property from its owners without paying compensation. But the courts and governments have historically drawn a distinction between expropriation of property, for which compensation is due, and restrictions on the use of property for some public purpose, for which compensation is generally not payable. Restrictions that might be imposed under the *Species at Risk Act* are of this regulatory type, so compensation for them conflicts with long established policy in Canada.

> **"... legislation which restricts the use of property, but does not actually affect the right of possession... partial deprivations, which we believe will be necessary to implement Bill C-33, are a very murky area."**
>
> Canadian Real Estate Association

Canadians accept the view that governments should take regulatory action when necessary to advance the public good, and our laws reflect this. But land use regulations, like almost all regulations, though they may benefit the public generally, produce advantages for some individuals and disadvantages for others. Both gains and losses have traditionally been left in the hands of those affected, because of the difficulty of assessing them, the cost of compensating losses and the impracticality of measuring gains.

Moreover it is widely accepted that governments are entitled to make regulatory decisions requiring individual sacrifices for the public good. The compensation provisions in the *Species at Risk Act* should not, in my opinion, be seen as a repudiation of this view of the proper role of government. Rather, they reflect an attempt to soften the impact where individual landowners would otherwise be forced to make extraordinary sacrifices to protect endangered species.

All this suggests a need for extreme care in developing compensation arrangements for the *Species at Risk Act*. Because such regulatory intrusions on property are not usually compensated in Canada, the arrangements for compensation in this case imply a significant shift in policy. The precedent has implications not only for federal endangered species policy but also for other policies that affect property rights, and for governments other than the federal government.

> **"... the most important feature of any legislation must be its ability to encourage cooperative on the ground by all stakeholders."**
>
> Mining Association of Canada

Additional Reasons for Caution

The precedent of compensation for a regulatory intrusion is just one — albeit the major one — of several reasons for caution in this matter. I deal with others later in this report. But I want to preface my recommendations by emphasizing two other considerations that have influenced my conclusions, but were not always recognized by those who made representations to me.

One of these is that compensation for infringement of property rights, and indeed the whole endangered species policy, touches on a complicated and sensitive area of overlapping federal, provincial, territorial and aboriginal authority. This panoply of jurisdiction and administrative responsibility creates a potential danger of conflict with and sensitivity to federal initiatives in this area. Moreover all provinces and territories, as well as the federal government, are actively involved in managing wildlife and wildlife habitats, with significant programs, staff and other resources engaged in this work. This calls for especially close cooperation among governments to implement their policies effectively and efficiently — a challenge I return to later in this report.

Finally, a unique complication arises from the linkage, in the *Species at Risk Act*, between compensation and the arrangements for cooperative efforts. To protect critical habitats, the *Act* emphasizes voluntary stewardship programs, supported when needed with government incentives. Almost all those I consulted, including other governments, aboriginal, and agricultural organizations and resource industries, support this approach, on the grounds that cooperative effort will be less costly, less intrusive, and more effective than coercive regulation. Cooperation takes advantage of the landowners' intimate knowledge of the land in identifying and protecting the habitats of endangered species, and in doing so is the most effective means of protection.

It follows that all elements of the species at risk policy, including the provisions for compensation, should complement and strengthen the voluntary arrangements. This presents a challenge, because compensation in the event of failure of cooperative arrangements might be seen by landowners as offsetting the threat of such failure and the regulatory intervention that might follow from it, perversely reducing the incentive to cooperate. Worse, unless provisions for compensation are carefully crafted, they might invite attempts to access government funds rather than protect endangered species.

The objective of engaging landowners and resource users in cooperative solutions as much as possible calls for careful design of the whole program; to strengthen and facilitate voluntary actions, encourage intergovernmental cooperation, and complement other land and resource policies. At a minimum, compensation should not be provided in a way that encourages reliance on regulatory restrictions to protect critical wildlife habitats.

Principles for Compensation

I have already emphasized the break from long established government policy implied by the provisions for compensation for regulatory infringement of property in the *Species at Risk Act*. These provisions do not deny the reasons for the traditional reluctance of governments in Canada to compensate owners for diminution of their property values resulting from land use regulation. However, they do suggest a need to refine our traditional ideas about the sacrifices that landowners can reasonably be expected to make and how we approach the issue of sharing the costs associated with land use regulation. The following principles follow an obvious progression and, together, provide a substantial framework for a policy on compensation.

1. All species must be protected. This starting point is clearly established in our international and national commitments, noted earlier.

2. The critical habitats of endangered species can be better protected through voluntary effort than by coercive governmental controls. This preference for cooperative arrangements, reflected in the *Species at Risk Act*, is widely supported by landowners and resource users not only because it is more respectful of their property rights but also because it is more effective.

3. Fairness requires sharing the cost. The benefit of protecting endangered species accrues to society as a whole, so those with rights to land needed for this purpose should not have to bear all the cost. Moreover, when measures needed to protect endangered species are costly, voluntary effort can be expected only if the costs are shared.

4. When restrictions on land use to protect the habitats of endangered species impose significant costs or losses on landowners, sharing the burden calls for compensation of the landowners by government. This is not to say that landowners should not be expected to make any sacrifice to protect endangered species on their land, but rather they should not be expected to make "extraordinary" sacrifices.

> "The need for the payment of compensation in SARA is based on the principle of 'fairness'. Canada's commitment to ensuring biodiversity and the protection of species at risk is a societal value shared by all Canadians."
>
> Alberta Chamber of Commerce
> Land and Resource Partnership

The above four principles are consistent with the language in the *Species at Risk Act* and the general policy underpinning the legislation. Together they provide the rationale for the provision of public financial support for voluntary actions and for compensation where compulsory measures to protect critical habitats are imposed. In the course of my consultations with interest groups, commentators suggested that compensation arrangements should be designed with attention to a variety of other considerations as well. Among these, I recommend the following:

5. Private property rights must be respected, and established laws and policies on expropriation recognized.

6. The roles to be played by different orders of government must be consistent with their constitutional responsibilities, and the authority of federal and provincial governments must be respected within the spirit of their joint Accord for the Protection of Species at Risk.

7. Policies, programs and procedures should be clear, transparent, and provide as much certainty as possible.

8. Administrative arrangements should be simple, avoiding costly procedures and burdensome compliance requirements.

9. Administrative machinery for compensation should be based, as much as possible, on existing structures and procedures.

10. All arrangements should be designed to promote voluntary, cooperative measures.

I have found all these principles to be widely supported by landowners, resource industries, aboriginal groups, environmental organizations and governmental agencies. My proposals for compensation arrangements in the remainder of this report are designed to help the endangered species program work effectively, while adhering to these principles as closely as possible.

Framework For Compensation Policy

Bearing in mind the limited role intended for compensation, the preference for voluntary arrangements not involving compensation, and the principles for compensation policy proposed above, I now turn to more specific issues of eligibility, the assessment of losses and compensation, settlement of disputes and related matters.

The *Species at Risk Act* (s. 64) states that the Minister may pay compensation to a person for "losses suffered as a result of any extraordinary impact" of restrictions necessary to protect the critical habitat of wildlife species. It goes on to say, however, that compensation is payable "in accordance with the regulations". For this purpose, the Governor in Council may enact regulations prescribing "the methods used in determining the eligibility of a person for compensation, the amount of loss suffered by a person and the amount of compensation to be paid in respect of any loss" and "the terms and conditions for the payment of compensation". The *Act* refers, somewhat awkwardly, to regulations to prescribe the "methods used for determining" these key features of the compensation scheme. However, the meaning and substance of eligibility, the amount of compensation to be paid and other issues must be determined as well, and my assignment includes recommendations about how they should be addressed. The *Act* itself offers little guidance on these matters, and in formulating my advice to the Minister, on the following pages, I have considered not only the words of the *Act* but the underlying purpose of the legislation.

> **"Limiting a landowner on what he can do on his own land is a very significant undertaking and an action that should not be engaged lightly or frivolously."**
>
> Municipal District of Clearwater (Alberta)

Eligible Persons

The first question is who should be eligible for compensation? The principles outlined above, especially that of fairness and the need to share the burden, suggest that private landowners should be eligible for compensation when actions taken under the *Species at Risk Act* significantly impair the value of their land. Compensation should apply also to lands owned by aboriginal people or held in trust for them as reserve lands, as discussed below.

The question of compensation for infringements on Crown land is much more complicated. It is also extremely important, because most land and water in Canada is owned by the Crown in the right of provinces and the federal government, with much of the latter administered by territorial governments. Moreover, in most regions of Canada, the forest, mining and petroleum industries operate mainly on these Crown lands under leases, licenses, and permits issued by these governments. Ranchers, too, often depend on grazing rights on Crown land.

Whether compensation under the *Species at Risk Act* should be paid where federal restrictions are applied to Crown land attracted much discussion in my consultations, especially those with representatives of resource industries and provincial and territorial governments. Most spokespersons for resource industries argued that the principle of fairness demands that compensation be extended beyond private landowners to those who depend on rights to use Crown land and resources. Those with opposing views held that a landlord could surely alter the terms on which a tenant could use a property, and a governmental landlord had a responsibility to do so when a public need demanded. Moreover, private owners of land are not usually compensated for such intrusions, and the case for the Crown to compensate itself, as owner, is surely weaker. And there is little precedent in either federal or provincial policies to provide compensation to the other order of government, or to tenants on its land.

Compensation for restrictions on the use of Crown lands would present a variety of problems. If federal compensation were provided where provincial Crown land was occupied by someone holding rights to the resources on or under it in the form of a license issued by a provincial agency, who should receive the compensation, the landlord or the tenant? How should the losses be assessed, especially when the license allows for regulatory changes? How would payments for resource rights – sometimes, as with petroleum leases, paid in advance – be taken account of?

Quite apart from these practical problems, if the federal government were to proceed unilaterally with compensation affecting provincial Crown lands the impact could be disruptive to federal-provincial coordination and cooperation. The federal regulatory intrusion on provincial and territorial management of land and resources could be aggravated by compensation arrangements that affect the contractual relationships between those governments and their licensees. Such action would hardly be consistent with the Accord for the Protection of Species at Risk, endorsed by all provinces and territories as well as the federal government, committing them to cooperate, establish complementary programs and share responsibility for protecting species at risk.

"All governments hold responsibility for the protection and recovery of species at risk, and each government must fulfill its responsibility..."

Species at Risk Working Group

In view of all these considerations, I have concluded that there should be no issue of compensating the owner of the land when restrictions are applied to Crown land. If it were federal land or water, the federal government would, in effect, be compensating itself, contrary to its long established policy of not doing so, and serving no useful purpose. Nor should provincial and territorial governments be compensated for restrictions on Crown land or water owned or managed by them. These governments have direct responsibility for the stewardship of these resources, and have agreed to take measures to protect endangered species on them. The federal government, under the *Species at Risk Act*, is responsible for ensuring that these measures are adequate. In these circumstances, it would be inappropriate for the federal government to compensate provinces or territories whose measures it found inadequate.

There remains the question of whether compensation should be available to private holders of rights in the form of leases, licenses and permits on Crown lands. The answer, in each case, should turn on whether the regulatory restrictions impair the legal or contractual rights of the private holder.

Leases, licenses and permits issued by governments are contracts, and the rights and duties of each party are set out in the agreements themselves, in the legislation governing them, and sometimes in established policies and precedents. Often, they set out conditions in which the government may alter or cancel the agreement. Some specify circumstances in which compensation will be paid.

The forms of tenure developed by provincial, territorial and federal governments in Canada to provide private users with access to Crown land and resources are varied and complicated. However, almost all of them limit their holders to one form of land use, such as forestry or mineral development; they provide for regulations to govern those activities; they are issued for fixed terms; and they require some form of payment to the Crown. While the Crown holds title to the land, the tenants, in some mineral and forest tenures, own the resources on or under it. More often, the Crown retains ownership of the resources until the lessee or licensee harvests them.

"The overwhelming majority of species in Canada fall within the legislative jurisdiction of the provinces and territories."

Council of Forest Industries

For present purposes it is important to recognize that the rights of the holders of these tenures vary widely. The terms and conditions of these contracts, and the legislation governing them, often leave the government considerable scope for adding regulatory restrictions on the way the holders may carry out their harvesting or other activities, without encroaching on their contractual rights. For example, the limited terms of leases and licenses usually give the government an opportunity to alter their terms and conditions when and if they are renewed. The term of some tenures is as short as a year or even less. Long-term forest licenses often require, at regular intervals, short-term management plans or harvesting authorizations which provide more frequent opportunities to incorporate new policies. And some forms of tenure allow the Crown continuing wide discretion in regulating resource management practices.

Where regulatory restrictions needed to protect endangered species can be applied without impairing the private holders' legal rights under these tenures, no compensation should be paid. But this will not always be the case. And when they impair the tenants' contractual rights, causing a significant loss in the value of those rights, the holders should be eligible for compensation.

Compensation should be paid strictly to people who have a legal interest in the land subjected to the regulatory controls. This is not to say that others will not be adversely affected - contractors, employees, local communities and others, even taxpayers may suffer direct or indirect losses. But measurement of all the economic effects — positive as well as negative — that might ripple through a community or region would be unmanageable. In any event, the objective is to deal fairly with people whose property rights are infringed, which does not require an attempt to offset all other effects on other people and their interests. Moreover, I have found no precedent, even in expropriation law, for compensation to people who have no property rights infringed.

These secondary and indirect effects on local communities and businesses might be serious in some cases, calling for governmental assistance. But this should be provided through programs directed toward rural and regional economic adjustment, of the kind recently implemented to assist distressed fisheries and agricultural communities. Transition programs, involving support for training, relocation and development projects, unlike compensation policies, can be tailored much more to particular circumstances and needs, and involve local communities much more in their delivery.

"Effective co-ordination is essential for meeting our sustainable development challenges - governments are not very good at it."

Commissioner of the Environment and Sustainable Development, 1999.

Other alternatives to compensation for regulatory restrictions may be suitable in particular circumstances. As noted earlier, the government may expropriate land for public purposes under the *Expropriation Act*. The *Species at Risk Act* authorizes it to purchase land from willing sellers. And where rights to Crown land are held in the form of leases or other usufructuary rights, the government might offer to buy them at market prices (just as it has sometimes purchased and retired commercial fishing licenses) without invoking regulations and compensation.

Eligible Losses

The second question is what kind of infringements on property should be compensated. The *Act* refers to "losses", and I infer that compensation should be payable for certain types of losses. As noted above, these losses should be confined to diminution in the value of the compensated persons' property rights, and flow directly from restrictions on the use of their property, not from restrictions on the property of others. Finally, the losses must "result" from the imposition of the regulatory restrictions referred to in the *Species at Risk Act* (s. 64). This implies that the cost or loss be identifiable, reasonably certain and measurable, or at least capable of reasonable estimation.

The *Act* requires more than simply a loss resulting from a regulatory restriction; the loss must result from an "extraordinary impact" of these measures. Many commentators emphasized the importance of clarifying the meaning of "extraordinary" in this context. The customary meaning of this adjective is "outside the usual order", or "exceptional". Here it is applied to the impact of the regulations, which I take to refer to the losses suffered. Accordingly, I suggest this be interpreted to mean that compensation may be provided where regulations have a significant adverse impact on the value of the property. This means that it is not enough to demonstrate a loss resulting from the regulatory restrictions; the impact must be so significant as to be "extraordinary".

This suggests a threshold for losses eligible for compensation — sufficiently high to meet the criterion of "extraordinary" but not so great as to amount to de facto expropriation. Other considerations, as well, support the application of a threshold for compensable losses in this case. One is that the loss in property value or income resulting from restrictions to protect critical habitat may, in many cases, be small, within a range that might reasonably be expected to be borne by property owners in the interests of good land stewardship. The established policies among governments in Canada of providing, under usual circumstance, no compensation for regulatory restrictions on land use strengthens the case for some threshold, at least. And the objective of strengthening incentives for voluntary arrangements suggests a need for caution in cushioning the effect of failure to find cooperative solutions.

"There are no readily available models to turn to for guidance in determining principles that should guide the compensation scheme."

Environment Canada

The question is how high should a threshold be? Because the *Species at Risk Act* presents a new approach to compensation for regulatory restrictions on land use, there are few models to offer useful guidance. The only relevant Canadian example is Nova Scotia's recent *Endangered Species Act* (S.N.S. 1998 c. 11), which requires the provincial government to compensate owners of private land where it restricts the way they may use their land in order to protect species at risk or their core habitats.

The compensation requirement applies only when the owner is actually using the land in the restricted way when the restrictions are applied. With this qualification, owners are entitled to full compensation. If the parties cannot agree on the amount of the loss, the owner may refer this question to the Nova Scotia Utility and Review Board, which will resolve it using the principles of valuation embodied in Nova Scotia's expropriation procedures. Without expressing any view on the suitability of this regime for use in Nova Scotia, I find it inappropriate in some respects for the purposes of the *Species at Risk Act*. For one thing, it restricts circumstances in which compensation will be offered. For another, it does not limit compensation to cases of "extraordinary" losses. Full compensation for all regulatory restrictions would not only be inconsistent with the *Species at Risk Act*, it would undermine any incentives for engaging in voluntary habitat protection arrangements.

A handful of southern and Rocky Mountain states in the United States have developed policies for compensating landowners for regulatory restrictions that have a significant impact on the value of their land, but not a severe enough impact to constitute a de facto expropriation or, in the language of American constitutional lawyers, a "regulatory taking". These regimes, in Florida, Louisiana, Texas, Mississippi and North Dakota, are described in a recent article in the Journal of Forestry by Professor D. Zhang (1996).

All provide some threshold to qualify for compensation. Florida's legislation limits compensation to cases where land use regulations impose an "inordinate burden". In the other states, the threshold is expressed in terms of the percentage by which the property value is diminished — 20 per cent in Louisiana, 25 per cent in Texas, 40 per cent in Mississippi and 50 per cent in North Dakota. Beyond the threshold, full compensation is provided.

"... the government must focus on the systems that will encourage landowners to voluntarily protect habitat for endangered species. After all, 'one volunteer is worth ten pressed men'."

Private Forest Landowners Association

For reasons I explain below, I believe the *Species at Risk Act* calls for a lower threshold than the U.S. examples above, one that reflects a true public commitment to sharing the extraordinary losses that would otherwise fall on some landowners as a result of regulations to protect endangered species. At the same time, once the threshold is met, rather than full compensation, a system for sharing the losses would be more appropriate.

In my opinion, the threshold should be in the order of 10 per cent of the value of the property. Loss of more than 10 per cent of one's property value will satisfy the condition of "extraordinary" as I have defined it.

Such a threshold will ensure that the public shares with landowners the burden of onerous land use restrictions necessary to protect endangered species, and respond, as well, to the other considerations noted above. Accordingly, I recommend that compensation, on the basis of the sharing formula described below, be provided where regulatory restrictions under the *Species at Risk Act* result in losses exceeding 10 per cent of the value of the affected land or of the net returns from it.

Amount of Compensation

The next question is the amount of compensation that should be paid when this eligibility criterion is met. The general guidelines have already been suggested: compensation should be sufficient to ensure that the public shares substantially in the burden of protecting critical habitats, but it should be directed to extraordinary losses and not be so generous as to weaken incentives to finding cooperative stewardship arrangements.

The traditional all-or-nothing compensation associated with de facto expropriation should be avoided. A recent United States Supreme court decision on "regulatory takings" (Lucas v. South Carolina Coastal Council (1992), 505 U.S. 1003) illustrates the problem:

It is true that in at least some cases the landowner with 95 per cent loss will get nothing while the landowner with total loss will recover in full. But that occasional result is no more strange than the gross disparity between the landowner whose premises are taken for a highway (who recovers in full) and the landowner whose property is reduced to 5 per cent of its former value by the highway (who recovers nothing). Takings law is full of these "all-or-nothing" situations (505 U.S. page 1019, note 8).

The compensation provisions of the U.S. states referred to above, which offer full compensation for the diminution of property values beyond a threshold of 20 to 50 per cent, have the same all-or-nothing shortcoming, though determined at a lower level of loss to the property owner. The policy objective of the public sharing of extraordinary losses resulting from regulatory restrictions would not be well served by such all-or-nothing arrangements. Once the loss reaches the threshold I have recommended above, the public should share the cost. This does not mean that landowners must be compensated in full, as they would be if their property were expropriated, but they should be compensated for a substantial share of the loss in value resulting from restrictions on the use of their land to protect endangered species.

"Compensation should be based on the actual amount of lost income or decline in market value resulting from restrictions imposed under the Act"

Canadian Cattlemen's Association

Once we move from an all-or nothing entitlement to the principle of cost sharing we must confront the question of the appropriate shares to be borne by the landowner and the public. In the absence of precedents or other guidance to suggest that one should bear more than the other, I recommend equal sharing. More specifically, I propose that landowners eligible for compensation should receive 50 per cent of the losses exceeding the 10 per cent threshold for diminution in the value of their property. This formula is a significant, yet cautious departure from the traditional policy of no compensation for such losses. It will assure landowners that the public will bear a substantial portion of any extraordinary losses that would otherwise fall on them as a result of regulations to protect endangered species, but not so large a share as to encourage a preference for regulation and compensation over cooperation. (Accordingly, I see no need to limit compensation to the amount of incentive payments offered to landowners, as suggested in the government's discussion paper — a procedure which, in any event, would interfere with fair and consistent sharing of losses.)

Many of those I consulted during my investigation urged me to draw on existing administrative structures, assessment principles and procedures rather than invent new ones. I am receptive to this advice, and believe it should apply to the principles upon which compensable losses are evaluated. The overriding objective should be to determine, in unbiased fashion, the diminution in fair market value of property that results from the regulatory restrictions imposed to protect critical wildlife habitat.

This task can best be left to independent experts in property valuation, following the principles they normally use for this purpose. These widely accepted principles are reflected in the federal *Expropriation Act*, but an even more relevant model is that of the Ecological Gifts Program, recently developed by Environment Canada. Under this program, landowners may voluntarily accept restrictions on the use of their land to protect its ecological attributes in return for certain tax benefits. The restrictions have many similarities with the proposed regulatory restrictions on critical wildlife habitats contemplated by the *Species at Risk Act*. These covenants, easements and servitudes will require appraisals of their fair market value, which will be performed by independent, accredited appraisers.

The arrangements for establishing the fair market value of restrictions on land use under the Ecological Gifts Program are fair and reasonable. The mandate of the program is similar to that of the species at risk program, and it is organized to provide consistency across the country.

The valuation principles and procedures under the Ecological Gifts Program have recently been reviewed by a panel of experts. Their recommendations appear to me to be equally applicable to determination of losses in fair market value resulting from restrictions on land use under the *Species at Risk Act*, and I recommend that they be adopted for this purpose as well.

It may be advisable to consult the group of experts that reviewed the Ecological Gifts procedures to determine whether their application to this other purpose calls for minor modifications in the valuation technique.

Process

Losses eligible for compensation must be assessed fairly through an open, professional process at arm's length from government. It must be a process in which both the affected party and the government have confidence, so that dissatisfaction and appeals will be minimized.

Having examined existing structures and policies relating to property appraisal, expropriation, arbitration, mediation and related matters, I have concluded that the administrative machinery under the Ecological Gifts Program for establishing fair market values, and the process for dealing with appeals, are well designed and suitable for the purposes of compensation under the *Species at Risk Act*. Again, it would be prudent for the Minister to consult the experts who recommended the procedures for the Ecological Gifts Program, so at to properly adapt them to the Species at Risk program.

"...it is essential that any new proposal be integrated into the existing land use management processes...."

Union of B.C. Municipalities

A number of those who made representations to me expressed concern about being prosecuted for violation of regulatory restrictions while they were engaged in negotiations over compensation. Their argument was that it would be unfair for them to bear the burden of the restrictions until they received the compensation. While I have some sympathy with this argument, an unqualified exemption from prosecution while negotiations are ongoing would be imprudent. In my view, the Ministry should exercise its discretion not to prosecute landowners who do not adhere to land use restrictions, and who are entitled to compensation, for a reasonable period of negotiation over the compensation. This restraint should not apply if there is an immediate danger to the species at risk or its habitat, in which case the landowner should be notified of the Ministry's intention to prosecute unless the prohibited use of land ceases.

Forms of Compensation

While compensation is usually thought of in terms of money, it can take other forms as well. Land swaps, exchanges of rights to land, access to other resources, reimbursement of fees paid for resources, concessions on fees or credits against fees payable on other resources, governmental assistance, rezoning and a host of other possibilities afford alternatives to monetary settlements and may be more attractive, less disruptive and less costly in some circumstances.

Farmers and ranchers emphasize the dislocation of operations when their land base is reduced in size, even if the loss itself is compensated. Their economic viability can be better protected by replacing the lost land. Similarly, if the land base of a forest operation is reduced to protect an endangered species, its viability may be restored most effectively by replacing its timber supply from elsewhere. First Nations, also, emphasize their preference for compensation in the form of land rather than money.

Compensation in forms other than money is recognized and provided for in compensation law. Importantly, however, the receiver of the compensation must be willing to accept the alternative form — it cannot be imposed by the government. Thus the government is typically required to make a cash offer first. The person receiving compensation may accept the offer or agree to consider alternatives.
I recommend this procedure for present purposes (with special arrangements for aboriginal lands, discussed below).

"There is plenty of room for the development of creative solutions which will not necessarily cost the program hard dollars. Public recognition, timing concessions in the granting of rights, rights swaps and tax concessions are all instruments available to the government to achieve its goals."

Land and Resource Partnership

The wider the range of alternatives available for compensation, the greater the scope for a mutually agreeable settlement. I recommend no restrictions on the form of compensation; indeed, the regulations should encourage consideration of all feasible alternatives. Where compensation is in forms other than money, appraisals must, of course, extend to the compensation-in-kind as well as to the value of losses to be compensated.

Related Matters

Whenever governments impose restrictions on the use of land and resources they should ensure that appropriate adjustments are made under other policies. For example, if new regulations diminish the value of a farmer's land or improvements on it, property tax assessments should recognize this. If a mining company, operating under governmental requirements to carry out certain work, is prohibited from doing so by regulations to protect wildlife habitat, it should be exempted from those requirements without penalty.
A company that paid in advance for resource rights that it is later prohibited from extracting should be refunded its payments. And if a forestry company is prohibited from harvesting the volumes of timber required by government-approved management plans (which sometimes apply to private lands) they should be similarly excused.

These examples are only illustrative of a wider variety of related measures. While administration of other policies extends beyond my terms of reference, fairness requires that they be harmonized whenever governments restrict landowners' freedom to use their land and resources to protect endangered species.

Coordination With Provinces And Territories

The *Species at Risk Act* makes an extraordinary commitment to coordinating federal measures for the protection of endangered species with those of provincial and territorial governments, and to cooperating with aboriginal people, landowners and other interest groups as well. When the critical habitat for an endangered or threatened species is identified, each jurisdiction involved is expected to take measures to protect it — the federal government on federal land and the provinces and territories on lands within their borders. But the *Act* also empowers the federal government to take regulatory action on provincial and territorial lands, and if, after consulting the appropriate provincial or territorial minister, the Minister concludes that no other protective provisions are in place he/she is obliged to recommend such measures to the Cabinet. Thus, while the *Act* provides protection for species at risk and their critical habitats everywhere in Canada, it recognizes the provinces' authority over much of Canada's land and resources, including many forms of wildlife, and seeks to coordinate federal efforts to protect species at risk and their critical habitats with the efforts of provincial and territorial governments.

The federal government is also pledged, through the intergovernmental Accord, to cooperate with the provincial and territorial governments in this area, and to adopt complementary legislation and programs. Moreover, provincial and territorial ministers are members of the Canadian Endangered Species Conservation Council which is responsible for coordinating the programs of the various governments represented on it. The Council also provides general direction to the scientific committee responsible for identifying endangered species, and the members of that committee are selected in consultation with provincial and territorial governments as well. Clearly, the federal program is intended to function with the close cooperation and involvement of provinces and territories; the absence of that cooperation and involvement would present a major obstacle to the federal policy.

Practical Need for Cooperation

Close working relations among governments in this matter are imperative for more pragmatic reasons also. One of these is that they are all involved in protecting endangered species, and cooperation will be essential to avoid duplicating effort or, worse, frustrating each others' efforts. As I noted earlier, most of the forestry, mining, petroleum, hydroelectric and other resource industries in Canada operate under leases and other temporary forms of tenure issued by provincial and territorial governments. These governments also regulate the use of water and discharges of waste into water. The various forms of rights employed by provincial and territorial governments to provide access to resources gives them means to ensure the protection of critical wildlife habitat not available to the federal government. For the same reason, close cooperation with provinces will facilitate the negotiation of voluntary stewardship arrangements with landowners to protect critical habitat, thus minimizing the need for federal regulatory restrictions and compensation.

I have already noted, also, that the most suitable form of compensation is likely to vary in different circumstances, but the range of available alternatives would be much narrower without the involvement of provincial governments. Furthermore, most provincial governments have programs involving stewardship arrangements with landowners and others that could be disturbed by a separate federal program based on different fiscal arrangements. And most provinces also have supporting arrangements involving such measures as tax relief, land dedication and re-classification, which will affect the impact of any federal intervention.

So far only one province, Nova Scotia, has legislation providing for compensation for restrictions to protect endangered species on private land, but others are considering such arrangements and some may well adopt compensation policies in the future. The prospect of both federal and provincial governments providing compensation in similar circumstances obviously demands reconciliation.

Finally, all provinces and territories have endangered species programs and activities of their own, with personnel and resources devoted to objectives similar to those of the federal program. Failure to take advantage of the supportive effort already in place would be wasteful to say the least.

So many elements of the federal species at risk program intersect with provincial and territorial activities it is difficult to visualize its smooth and efficient implementation without clear intergovernmental working arrangements to ensure the federal effort complements the provincial and territorial. And the specific issue of compensation raises a variety of concerns on the part of these governments; if not clearly resolved, they are potentially fractious enough to impede the species protection efforts of all.

Anxiety about the possibility of uncoordinated federal, provincial and territorial programs was expressed repeatedly in my consultations. The forest and mining industries are especially concerned that this will aggravate the uncertainty, cost and delay of complying with governmental requirements. Provincial governments fear duplication of administrative procedures and conflicting federal and provincial programs.

Fortunately, work has already begun on a bilateral agreement that might be entered into between the federal government and each of the provinces and territories, an agreement that will set out the arrangements for implementing their commitments under the 1996 Accord and the requirements of the *Species at Risk Act*. The agreement is intended to clarify how the governments will work together, minimize overlap and duplication, make efficient use of available staff and resources, and harmonize programs. Although the objectives and commitments will be similar for all jurisdictions, the operational aspects of the agreements will vary to accommodate specific circumstances and needs. It can be expected that these agreements will define, among other things, the way the federal government will implement the "safety net" provisions of the *Species at Risk Act*.

"We are concerned that the federal legislation clearly recognize and be coordinated with provincial regulation."

B.C. Cattlemen's Association

Officials working on the draft bilateral agreements have advised me that, with sufficient effort, they could complete their work within six months or so. And federal, provincial and territorial ministers, meeting as the Canadian Endangered Species Conservation Council in August, unanimously endorsed the effort, providing the needed political support.

"...the species at risk program has been a prime example of what can be accomplished when provinces, territories and the federal government collaborate to address a national need. ...these relationships can be further strengthened as we proceed to negotiate bilateral agreements to implement the species at risk program."

The Honourable John C. Snobelen
Ontario Minister of Natural Resources

My mandate deals only with the compensation provisions of the *Species at Risk Act*, but these are so interconnected with the provisions for regulatory restrictions on provincial and territorial lands, and the representations made to me on the need for coordination in this area were so strong that I cannot avoid this issue. I am driven to the conclusion that, except on federal lands, important parts of the federal species at risk program cannot work satisfactorily without close integration with provincial and territorial programs, and that it would be inadvisable for the federal government to proceed with them unilaterally, unless it becomes apparent that the current effort to construct bilateral agreements will not bear fruit.

Accordingly, I recommend that the federal government refrain from expending funds under stewardship and incentive programs until a bilateral agreement is in place with the province or territory where the funds are applied. This will sharpen incentives to expedite these agreements as well as avoid conflicts. Further, I recommend that the federal government refrain from unilateral actions under the "safety net" provisions of the *Species at Risk Act*, including the regulatory restrictions that trigger compensation, until these agreements are in place, or until it becomes apparent that such agreements cannot be negotiated.

In view of the mandatory nature of some of the Minister's obligations under these provisions, and depending on progress in establishing these agreements with provinces and territories, it may be desirable to bring certain parts of the *Act* into force at different times.

Special Provisions For Aboriginal Lands

Aboriginal lands are expected to play an important part in the endangered species program, and the provisions of the *Species at Risk Act* dealing with protection of critical habitats specifically recognize the role of aboriginal bands whose lands may be affected, as well as the role of wildlife management boards established under land claims agreements.

Judging from the representations I received from them, aboriginal groups will be eager to cooperate in stewardship programs to protect species at risk on their lands. In almost all cases, aboriginal people have a profound attachment to the land they have historically occupied, adapted to, and depended upon not only for sustenance but also for cultural identity. Accordingly, they are particularly anxious to preserve the natural richness of their traditional lands, including the plants, fish and wildlife on that land.

"Aboriginal people have a cultural link to the land...and rely on resources for survival... We do not harvest for wealth, we harvest for food."

Ovide Mercredi

The aboriginal leaders I consulted saw the endangerment of species as a recent problem linked to non-aboriginal industrialization. Nevertheless, they indicated that their communities, organizations and governments will assist recovery efforts, supported with governmental funding, both as a means of broadening economic opportunities and as a demonstration of responsible stewardship. This willingness to participate in cooperative measures is likely to minimize the need to impose mandatory controls on aboriginal lands. Nevertheless, the need for regulatory restrictions in some cases must be anticipated, and special arrangements must be made for aboriginal lands.

Special Circumstances

One reason for special attention to aboriginal lands is the unique character of aboriginal interests in land and resources. Both aboriginal rights recognized in common law and treaty rights are protected by the constitution. Both classes of rights can take a variety of forms. They include rights to hunt and fish and engage in other traditional practices as well as title to land. In addition, the precise nature of the legal interests aboriginal people have in land may vary depending on a number of factors. These include whether the lands are subject to traditional aboriginal title or are reserve lands held in trust by the federal Crown for particular aboriginal communities, or have been recognized as aboriginal lands in fee simple under a land claims agreement.

It is fair to say that our understanding of the legal character of many of these interests is evolving. In many cases there is considerable uncertainty about the scope of these interests, the precise extent to which they are subject to constitutional protection, the extent to which governmental restrictions on them can be justified, and the precise nature of the government's obligation to compensate aboriginal peoples for infringement of their rights.

In addition, land claims agreements, a number of which have been concluded in recent years in the northern territories and British Columbia, contain detailed provisions about the aboriginal groups' rights and the responsibilities of wildlife management boards in managing land and resources, including the conservation of wildlife. Some also specify conditions under which compensation will be provided.

We can say with some certainty that the proposed *Species at Risk Act*, and the compensation provisions under the *Act*, cannot displace whatever obligations the federal government has under the constitution in relation to aboriginal and treaty rights. Less clear is whether the *Act's* compensation provisions complement these constitutional rights and obligations, and whether aboriginal interests in lands subject to regulatory restrictions to protect critical habitat may be subject to compensation under the *Act*. If they are, compensation under the *Act* would presumably offset compensation available under a different regime.

Another reason for special attention to aboriginal lands is the different kind of benefits native people typically derive from their lands. Most importantly, these benefits are often not commercial, but have more to do with sustenance, or cultural, ceremonial, medicinal, spiritual and social values. This raises a special problem in appraising the value of losses that might result from restrictions on traditional uses of land; cultural and spiritual values cannot easily be quantified in the monetary terms normally used in appraisals of property values.

"In order to be fair, the standards and principles to be applied in providing compensation to those who are eligible under the proposed Species at Risk Act must properly address the unique circumstances of Aboriginal Peoples."

Inuit Tapirisat of Canada

The importance of non-commercial values leads, also, to a preference of aboriginal people for compensation in forms other than money, such as access to alternative land or resources. These two issues are related, because the difficulty of assessing the cultural and other non-commercial values aboriginal people derive from their land can be avoided by providing compensation in the form of access to alternative land and resources wherever circumstances permit.

A third, quite separate reason for special provisions for aboriginal lands is the difficulty most native groups have in dealing with governmental bureaucracies and programs. Business organizations and non-aboriginal landowners are generally in a stronger position in terms of expertise, funds and experience, to cope with the challenges of accessing government funds. Although all groups express anxiety about red tape, I have no doubt that aboriginal groups are justified in their fear that, without a special effort to make their access to compensation funds simple, non-technical and transparent, they will be at a disadvantage relative to other claimants, or at best be forced to engage lawyers and consultants to help them secure funds for which they are eligible.

Framework Agreement with Aboriginal People

As with the provinces and territories, the federal government needs to negotiate a clear understanding with aboriginal people about how their cooperative relationship will be organized and how it will operate. An aboriginal working group has already begun work on an aboriginal accord on protection of species at risk, with encouragement from the federal Minister.

This aboriginal accord should be given high priority and every effort should be made to have it in place by the time the *Species at Risk Act* is enacted. This agreement should provide the framework for stewardship and incentive programs on aboriginal lands, and define how regulatory and compensation arrangements will be administered when cooperative processes fail.

Compensation

In the event that cooperative stewardship arrangements cannot be negotiated, and the federal government resorts to regulatory restrictions on the use and management of aboriginal lands, the provisions for compensation should parallel, generally, those for private lands outlined earlier in this report. Thus, where aboriginal people have legally recognized interests in land, and regulatory restrictions on land use are put in place under the *Species at Risk Act* to protect critical habitat, the aboriginal group affected should be entitled to compensation in accordance with the principles I set out earlier in this report. But to respond to the special circumstances of aboriginal people and their lands, noted above, the compensation provisions should put greater emphasis on certain arrangements. In particular:

"Compensation can become an easy way out, weakening incentives to find more creative solutions."

Michael d'Eça, for Nunavut Wildlife Management Board

• In assessing the value of losses resulting from regulatory restrictions on the use of land, account should be taken of the unique qualities and strength of aboriginal and treaty rights, which give them a higher value than other forms of rights.

• Careful account should be taken of the cultural and sustenance values aboriginal people derive from their land and resources. These non-commercial benefits, though unpriced and therefore difficult to evaluate in monetary terms, are nonetheless valuable, and often the most precious benefits to the aboriginal communities involved.

• Special effort should be made to identify opportunities for compensating losses of such benefits in forms other than money. These alternatives might include replacing lost access to resources with access to other land or resources, or support for land and resource management projects and economic and social development programs. Broadening the range of possibilities for compensation will not only ease the task of finding a mutually acceptable settlement, but also reduce the problem of quantifying non-commercial values in dollars.

• In considering such alternative forms of compensation, especially support for resource management and development projects, every effort should be made to maximize participation in the work by the aboriginal people themselves, so that they are not only compensated for their losses, but also benefit, incidentally, from the process of compensation.

• The procedures for applying for compensation, and negotiating and administering settlements should be as simple and straightforward as governmental due diligence permits, thus minimizing bureaucratic obstacles to settlements no less favourable then those made with non-aboriginal claimants.

Several aboriginal representatives proposed a separate aboriginal compensation fund be established, to ensure that a fair share of such funding is allocated to aboriginal lands. However, I doubt that such a measure would serve the intended purpose. Compensation, as I have emphasized earlier, is intended to be a minor component of the species at risk policy, provided only when preferred measures fail, and these instances are not likely to be predictable or separately funded. The main thrust of the policy, and most of the funding, will be directed to incentives and stewardship programs; and it is these programs that are likely to offer the best opportunities for aboriginal people when measures to protect habitats or restore endangered species must be taken on aboriginal lands. Accordingly, I suggest the idea of a separate allocation of funds be considered in connection with the funding of these other, cooperative, arrangements.

"... the compensation scheme under Section 64 must fairly address the unique situation of Aboriginal Peoples."

Nunavut Tunngavik Incorporated

Concluding Comment

The provision for compensation in the *Species at Risk Act* enjoys wide support among landowners and other groups likely to be affected by this new legislation. But it is a very general, discretionary provision, which gives rise to considerable anxiety about how it will be interpreted and administered. My proposals in this report are aimed at providing a clear framework of principles and procedures. The challenge has been to find ways to ensure fair compensation for those who would otherwise bear an unfair burden in protecting critical wildlife habitat without weakening the main thrust of the endangered species policy, which is to engage landowners and others in voluntary, cooperative efforts to protect the habitats of species at risk.

At several points in this report I have emphasized the need for caution in developing and implementing the compensation arrangements provided by the proposed *Act*. One reason for this is that the *Species at Risk Act* contemplates compensation only when owners of the affected land do not enter into cooperative arrangements, which, in effect, threatens to weaken incentives to cooperate. Another reason is that providing compensation for environmental controls of this kind is a break from established policies of governments in Canada and implies a precedent with far-reaching implications. A third reason is the need to reconcile the sensitive, overlapping responsibilities and programs of federal, provincial, territorial and aboriginal authorities in wildlife management.

The final reason for special care in developing policy in this area is the prevailing uncertainty about the magnitude of the endangered species problem in Canada, its future trends and the cost of dealing with it. Analysis of the implications of protecting habitats sufficiently to reverse the present trends in species at risk is fragmentary, though some experts predict it will be a daunting task. And although the federal budget earlier this year allocated $180 million over five years to implement the new strategy for protecting species at risk, Environment Canada has not been able, so far, to estimate the cost of compensation or, indeed, of the whole program.

Uncertain, also, is the extent of cooperation and support that will be forthcoming from provincial and territorial governments. All this suggests a need to proceed cautiously. It also suggests the need for a thorough review and evaluation of the program after five years, as the *Act* provides.

Documents Cited

Convention on Biological Diversity. United Nations, New York. 5 June 1992, 31 I.L.M. 818 (1992) In force December 29, 1993.

National Accord for the Protection of Species at Risk. Environment Canada. Ottawa, 1996.

Bill C-65, an Act respecting the protection of wildlife species in Canada from extirpation or extinction. 2nd Session, 35th Parliament (1st Reading, 31 October, 1996).

Bill C-33, an Act respecting the protection of wildlife species at risk in Canada. 2nd Session, 36th Parliament (April 2000).

Endangered Species Act (Nova Scotia) S.N.S. 1998 c.11.

Canada's Plan for Protecting Species at Risk: An Update. Environment Canada. Ottawa, 1999.

Proposed Species at Risk Act: A Discussion Paper on Compensation. Environment Canada. Ottawa, 2000.

Daowei Zhang "State Property Rights: What, Where and How?" Journal of Forestry (April 1996).

AVANT-PROPOS

Le 11 avril 2000, le ministre de l'Environnement a déposé au Parlement le projet de loi C-33, intitulé la Loi sur les espèces en péril, dans le but de définir le cadre législatif permettant au gouvernement de respecter son engagement de protéger les espèces en péril au Canada. La principale menace qui pèse sur ces espèces animales et végétales en péril est la destruction de leurs habitats naturels; pour protéger les habitats essentiels, la Loi met l'accent sur la conclusion d'accords fondés sur le bénévolat et la collaboration avec les gouvernements provinciaux et territoriaux, les propriétaires fonciers, les groupes autochtones, les industries du secteur primaire et d'autres, à l'aide d'incitatifs financiers et de programmes d'intendance. La Loi reconnaît que des efforts coopératifs sont susceptibles d'échouer et, le cas échéant, autorise des restrictions réglementaires sur l'utilisation des terres afin de protéger les habitats essentiels des espèces en péril. Elle permet aussi le versement une indemnité à quiconque subirait des pertes imputables aux « conséquences exceptionnelles » des restrictions.

Ces dispositions relatives à l'indemnisation représentent une dérogation considérable par rapport à l'approche habituelle à la réglementation de l'utilisation des terres en vigueur au Canada et ailleurs; elles soulèvent un grand intérêt et des préoccupations marquées chez les personnes qu'elles risquent le plus de toucher. Or, la Loi reste vague quant aux modalités prévues du versement d'indemnités. En avril 2000, le Ministre m'a demandé un avis

indépendant sur les principes et les politiques qui devraient guider le versement d'indemnités au titre de la Loi sur les espèces en péril. Ce rapport contient mes conclusions et mes recommandations.

J'ai mené mon étude pendant l'été et l'automne 2000, alors que la Loi sur les espèces en péril était devant le Parlement. Avant que j'aie eu terminé la rédaction du rapport, à la fin octobre, le Parlement a été dissout lors du déclenchement d'une élection, rendant incertain l'avenir du projet de loi.

En me confiant cette tâche, le Ministre m'a demandé de rencontrer les représentants des personnes les plus susceptibles d'être touchées par les dispositions relatives à l'indemnisation de la politique proposée sur les espèces en péril, afin de garantir que l'on tienne compte de leurs préoccupations.

J'ai immédiatement communiqué avec toutes les personnes qui avaient exprimé une opinion sur la question, soit au Ministre, soit au ministère de l'Environnement. J'ai aussi communiqué avec les sous-ministres pertinents de toutes les provinces et tous les territoires ainsi qu'avec d'autres organisations industrielles, des groupes autochtones et des représentants de l'environnement qui, selon moi, devaient avoir une opinion sur la question. Pendant les mois qui ont suivi, un grand nombre de particuliers et d'organisations ont communiqué avec moi pour me faire part de leurs vues et de leurs préoccupations.

Mes consultations ont pris différentes formes, éventuellement combinées : présentations écrites, réunions, messages électroniques, conférences téléphoniques, discussions avec des particuliers. J'ai aussi profité des présentations soumises au Comité permanent de l'environnement et du développement durable de la Chambre des communes, qui étudiait simultanément le projet de loi C-33.

J'ai parcouru le Canada plusieurs fois pour rencontrer des groupes intéressés.
Ces consultations ont été d'une très grande utilité et je crois que les commentaires que j'ai recueillis représentent un éventail équilibré des vues et des opinions des parties les plus susceptibles d'être touchées par les dispositions relatives à l'indemnisation de la Loi sur les espèces en péril.

Les organisations et les particuliers consultés appuient presque unanimement les objectifs fondamentaux de la Loi sur les espèces en péril, à savoir protéger l'ensemble des plantes et des animaux indigènes du Canada; à cet égard, ils

sont représentatifs de l'opinion publique canadienne, telle que mesurée par les sondeurs. Leurs observations, pour l'essentiel, ont donc porté sur les moyens d'appliquer la loi le plus efficacement et le plus équitablement possible. Leur contribution — gamme stimulante de renseignements, de suggestions et de conseils — m'a beaucoup aidé à accomplir cette tâche. Je dois également des remerciements particuliers à M. Phillip Bryden, professeur à l'école de droit de la University of British Columbia, pour l'aide qu'il m'a apportée concernant les aspects juridiques de cette question.

Peter H. Pearse, C.M.
Vancouver

INTRODUCTION

La Loi sur les espèces en péril, morte au feuilleton quand le Parlement a été dissout lors du déclenchement d'une élection en octobre 2000, a été un élément central de la stratégie du gouvernement fédéral qui vise à soutenir les efforts internationaux engagés pour protéger la diversité naturelle des espèces animales et végétales. Le Canada, en raison de sa superficie étendue et de la diversité de ses forêts, ses terres humides, ses lacs et ses autres paysages, abrite une variété et un nombre impressionnants d'espèces naturelles. Malheureusement, 12 espèces canadiennes ont disparu au Canada, 341 sont menacées de disparition, et la liste s'allonge, surtout à cause des perturbations à leurs habitats naturels.

La Loi sur les espèces en péril a été conçue spécialement pour empêcher la disparition d'espèces additionnelles et pour restaurer les populations menacées à des niveaux sains.

La Loi prévoit la création d'un programme complet ayant pour objet l'identification des espèces en péril, la détermination de mesures de protection de ces espèces et de leurs habitats contre des risques éventuels, la détermination de mesures pour garantir leur rétablissement et la conclusion d'ententes associant les parties concernées — gouvernements provinciaux et territoriaux, propriétaires fonciers, groupes autochtones et autres — à l'ensemble du processus.

La Loi sur les espèces en péril comprend toutes les espèces sauvages en péril et leurs habitats dans tout le Canada, mais reconnaît les responsabilités des provinces et des territoires en matière de gestion des espèces sauvages et favorise la collaboration entre les gouvernements. Aux fins du présent rapport, on désigne par le terme « filet de sécurité » les pouvoirs les plus importants que la Loi sur les espèces en péril confère au gouvernement fédéral. Ces pouvoirs lui sont octroyés afin qu'il veille à ce que l'effort collectif de tous les gouvernements soit convenable et suffisant pour que le Canada respecte son engagement de protéger ses espèces en péril.

L'approche que privilégie le gouvernement fédéral pour protéger les habitats essentiels des espèces en péril, telle que présentée dans la Loi, consiste à solliciter les efforts volontaires des propriétaires fonciers et des autres parties concernées au moyen d'incitatifs et de programmes « d'intendance », appuyés au besoin par les fonds fédéraux. La nouvelle politique se distingue ainsi de la plupart des autres efforts gouvernementaux visant à protéger des intérêts publics sur des terres canadiennes, qui prennent habituellement la forme de restrictions réglementaires appuyées par des amendes. Ici, on met l'accent sur la carotte plutôt que sur le bâton.

« [...] nous vivons aujourd'hui dans une société où, si un particulier subit des pertes à cause de gestes posés dans l'intérêt public, le même intérêt public exige que l'on dédommage ce particulier. »

B.C. Law Reform Commission
(citée dans *B.C. Forest Industry Task Force on Resource Compensation 1992*)

Même si la Loi sur les espèces en péril met l'emphase sur les accords fondés sur la collaboration, elle prévoit aussi des mesures obligatoires. Quand on ne réussit pas à négocier des mesures volontaires ou que celles-ci échouent pour une raison ou une autre, ou quand il n'y a pas d'autre protection gouvernementale, les dispositions relatives au « filet de sécurité » de la Loi prévoient des restrictions réglementaires sur l'utilisation des terres afin de protéger les habitats essentiels des espèces menacées et en voie de disparition. Dans ces cas, qui devraient être rares, la Loi autorise que l'on indemnise les personnes dont la propriété subit des conséquences, dans les termes suivants :

Indemnisation
64. (1) Le ministre peut, en conformité avec les règlements, indemniser toute personne des pertes subies en raison des conséquences extraordinaires que pourrait avoir l'application des articles 58, 60 ou 61, ou d'un décret d'urgence en ce qui concerne la désignation de

l'habitat qui est nécessaire à la survie ou au rétablissement d'une espèce sauvage.

Règlements

(2) Le gouverneur en conseil peut, par règlement, prendre toute mesure qu'il juge nécessaire à l'application du paragraphe (1), notamment fixer :

- *a) la marche à suivre pour réclamer une indemnité;*
- *b) le mode de détermination du droit à indemnité, de la valeur de la perte subie et du montant de l'indemnité à payer pour cette perte;*
- *c) les modalités de paiement de l'indemnité.*

Ce rapport traite précisément de ces dispositions relatives à l'indemnisation. Même si les restrictions réglementaires sur l'utilisation des terres et l'indemnisation n'ont pas pour but de constituer le moyen habituel de protéger les habitats essentiels, pour les personnes qui dépendent de la liberté de gérer leurs terres et leurs ressources naturelles, elles représentent les éléments les plus sensibles et les plus controversés de la politique proposée. On m'a demandé de fournir un avis indépendant sur l'indemnisation et, plus précisément, de recommander une série de principes et de politiques qui guideraient l'administration des dispositions de la Loi sur les espèces en péril relatives à l'indemnisation.

Comme mon rapport sera rendu public, il ne se limite pas à un simple résumé de mes recommandations au Ministre, mais explique aussi brièvement la Loi sur les espèces en péril, le rôle de l'indemnisation dans le contexte général de celle-ci, les préoccupations auxquelles, à la lumière des observations qui m'ont été présentées, je crois nécessaire de répondre et le bien-fondé de mes conclusions. Ma tâche ne consistait pas à proposer des modifications à la Loi, mais à recommander un cadre d'indemnisation susceptible d'être intégré aux règlements complémentaires.

Pendant la rédaction du présent rapport, en octobre 2000, le Parlement a été dissout lors du déclenchement d'une élection, et la Loi sur les espèces en péril est alors morte au feuilleton. Le nouveau gouvernement pourrait, bien entendu, utiliser un différent langage dans toute nouvelle loi pour protéger les espèces en péril.

Néanmoins, mon mandat et mes consultations avec les parties intéressées s'inscrivaient dans le contexte de la Loi sur les espèces en péril qu'étudiait alors le Parlement; mes recommandations visent donc la mise en oeuvre de cette loi particulière.

« [La Loi sur les espèces en péril] reconnaît que l'indemnisation peut être nécessaire pour assurer l'équité à la suite de l'application des interdictions relatives aux habitats essentiels. »

Projet de loi C-33 (Sommaire)

LA LOI SUR LES ESPÈCES EN PÉRIL ET LA QUESTION DE L'INDEMNISATION

Les lois canadiennes visant à protéger les espèces en péril s'inscrivent dans un effort mondial pour maintenir la biodiversité de la planète. En 1992, fortement appuyé par le public, le Canada a signé la Convention des Nations Unies sur la diversité biologique. Par ce geste, il s'engageait à adopter des « [...] lois ou des règlements pour protéger les espèces et les populations menacées ».

Comme les gouvernements fédéral et provinciaux se partagent la responsabilité entourant les espèces sauvages, les engagements internationaux du Canada exigent une collaboration entre ordres de gouvernement. En 1996, toutes les provinces et tous les territoires ont signé avec le gouvernement fédéral un engagement national à cet effet, soit l'Accord pour la protection des espèces en péril. Cet accord inclut l'engagement « [d'] établir une législation et des programmes complémentaires qui assureront la protection efficace des espèces en péril partout au Canada ». Quatre provinces avaient déjà des lois protégeant les espèces en péril et six provinces et territoires ont depuis adopté de nouvelles lois ou renforcé les textes existants.

« [...] une loi vigoureuse qui protège à la fois les espèces en péril et leurs habitats est un élément essentiel de la mise en oeuvre nationale par le Canada des obligations en vertu de la Convention sur la diversité biologique. »

West Coast Environmental Law

La nouvelle mesure législative fédérale, intitulée Loi sur les espèces en péril, respecte donc à la fois un engagement international et un engagement national de protéger les espèces en péril. En vertu de l'engagement international, nous devons trouver le moyen de protéger la partie canadienne de la faune et de la flore mondiales. En vertu de l'engagement national, nous devons le faire tout en respectant la répartition constitutionnelle unique des responsabilités gouvernementales ainsi que les valeurs canadiennes. Ce dernier élément est particulièrement pertinent en ce qui concerne les accords relatifs à l'indemnisation des propriétaires fonciers ou d'autres personnes faisant face à des restrictions sévères pour protéger les espèces en péril, soit le sujet sur lequel porte ce rapport.

L'effort fédéral visant à appliquer le cadre législatif pour la protection des espèces en péril est en cours depuis plusieurs années. La première tentative de fournir un cadre législatif fédéral a été le projet de loi C-65, la Loi sur la protection des espèces en péril au Canada. Déposé au Parlement en 1996, ce projet de loi est mort au feuilleton lors du déclenchement des élections de 1997. La Loi sur les espèces en péril répond à plusieurs critiques formulées à l'égard du projet de loi précédent. Entre autres, il prévoit l'indemnisation des personnes qui ont subi des pertes attribuables aux conséquences extraordinaires des restrictions réglementaires sur l'utilisation des terres imposées en vertu de la Loi sur les espèces en péril.

L'effort de consultation du gouvernement fédéral a inclus la publication de plusieurs documents de travail sur son cadre de politique en élaboration, dont l'un contenait un résumé des commentaires formulés par les propriétaires fonciers et d'autres groupes d'intérêts sur la question particulière de l'indemnisation. Ce document, intitulé *Loi sur les espèces en péril proposée : document de travail sur l'indemnisation* (mai 2000), m'a beaucoup aidé lors de mes consultations auprès des groupes d'intérêts et m'a permis de mettre l'accent sur les questions dont j'étais chargé, comme je l'explique dans les pages qui suivent.

La voie vers l'indemnisation

La Loi sur les espèces en péril reconnaît que, pour protéger les espèces sauvages en péril, il est nécessaire non seulement de protéger directement les animaux et les plantes menacés, mais aussi leurs habitats essentiels. Les dispositions de la Loi relatives à l'indemnisation s'appliquent uniquement aux mesures réglementaires visant à protéger les habitats essentiels.

Avant que l'indemnisation ne devienne un enjeu, plusieurs étapes doivent être suivies. D'abord, un comité indépendant composé de scientifiques doit évaluer la situation de chaque espèce sauvage considérée en péril et la classifier comme étant disparue, disparue du Canada, en voie de disparition, menacée ou préoccupante. C'est sur cette évaluation que le ministre de l'Environnement se fondera pour dresser la Liste des espèces sauvages en péril qu'il recommandera officiellement au Cabinet.

Toute espèce inscrite à la liste comme étant disparue du Canada, en voie de disparition ou menacée sera automatiquement protégée contre la destruction, le harcèlement, la capture, la perturbation de ses nids ou lieux de résidence et le commerce. Ces interdictions s'appliquent en premier lieu au territoire domanial ainsi qu'aux espèces aquatiques et aux oiseaux migrateurs relevant de la compétence fédérale.

Les interdictions peuvent aussi s'étendre, en vertu d'un décret du Cabinet, aux terres provinciales, territoriales et privées si le Ministre conclut, après consultation du ministre provincial ou territorial responsable, que les lois de la province ou du territoire ne protègent pas suffisamment l'espèce.

Pour chaque espèce inscrite comme étant en voie de disparition ou menacée, le Ministre doit élaborer une stratégie de rétablissement en collaboration avec les ministres provinciaux et territoriaux, les autres ministres fédéraux, les organisations autochtones, les propriétaires fonciers et d'autres qui ont des responsabilités ou des intérêts dans la région où vit l'espèce. Entre autres, la stratégie de rétablissement doit identifier, dans la mesure du possible, la population de l'espèce, son habitat essentiel, ses besoins et les facteurs menaçant sa survie et, si le rétablissement est possible, l'approche à suivre pour aborder ces facteurs. Pour mettre en œuvre la stratégie de rétablissement, le Ministre doit élaborer un ou plusieurs plans d'action, toujours en collaboration avec les ministres et d'autres ayant des intérêts dans cette situation.

Dans le cadre du plan d'action, le Ministre peut conclure avec tout gouvernement, toute organisation ou toute personne des ententes visant à prendre des mesures de conservation et peut contribuer aux coûts. On prévoit que ces accords d'intendance volontaire conclus avec les propriétaires fonciers et les autres deviendront le principal moyen de protéger les habitats essentiels.

Dans l'éventualité où il ne serait pas possible de négocier des accords fondés sur le bénévolat convenables, le Ministre peut, après de nouvelles consultations, recommander au Cabinet l'adoption d'un règlement visant à protéger l'habitat essentiel, qui peut obliger les propriétaires et les utilisateurs des terres ou des eaux à poser certains gestes ou à s'abstenir de certaines activités. Si l'habitat essentiel n'est pas déjà protégé, le Ministre doit recommander un règlement et rendre compte des mesures prises dans les 180 jours suivant l'identification de l'habitat essentiel. Ce pouvoir de réglementation s'applique à toutes les terres et les eaux au Canada, pas seulement au territoire domanial. (Ces mesures sont désignées dans ce rapport par les termes « règlement » ou « restrictions réglementaires » pour les distinguer des « interdictions » automatiques de nuire aux espèces inscrites mentionnées ci-dessus.) Quand de telles restrictions réglementaires sont imposées, le « Ministre peut [...] verser une indemnité à toute personne pour des pertes subies en raison des conséquences extraordinaires [...] ».

« Beaucoup, beaucoup d'agriculteurs ont manifesté un intérêt et une volonté d'aider les espèces sauvages en péril. »

Association pour l'amélioration des sols et des récoltes de l'Ontario

Ce rapport porte sur la dernière de ces étapes : les dispositions relatives à l'indemnisation lorsqu'on ne réussit pas à conclure des accords fondés sur l'intendance ou la collaboration et quand, en dernier recours, le gouvernement impose des restrictions réglementaires pour protéger des habitats sauvages essentiels.

Certains éléments généraux de la Loi ont une incidence sur la question de l'indemnisation. Premièrement, dans le cas de terres et d'espèces ne relevant pas de la compétence fédérale, elle confie d'abord la charge de protéger les habitats essentiels aux provinces et aux territoires (qui sont traités pratiquement comme des provinces); elle ne permet au Ministre d'intervenir que s'il trouve les mesures insuffisantes. Un autre

élément de la Loi est l'important accent qu'elle met dans l'ensemble sur les accords fondés sur les consultations et la collaboration conclus avec les gouvernements provinciaux et territoriaux, les propriétaires de terres privées, les organisations autochtones et les autres parties touchées par la politique. Le troisième élément, renforcé par les deux précédents, consiste en les dispositions détaillées sur les mesures volontaires visant à protéger les habitats essentiels des espèces en péril et inversement, l'accent moins prononcé que la Loi met sur les restrictions réglementaires obligatoires en vertu desquelles une indemnité peut être versée.

L'importance accordée aux mesures volontaires et aux incitatifs distingue la Loi sur les espèces en péril de son équivalent américain, qui dépend surtout des restrictions obligatoires appuyées par des amendes. Le système américain a été associé à beaucoup de bouleversements économiques et il a entraîné des pertes considérables pour les propriétaires fonciers et d'autres, sans offrir d'indemnisation. Beaucoup d'observateurs estiment que la loi américaine a eu, dans certains cas, l'effet pervers d'inciter les propriétaires fonciers à faire disparaître les preuves que des espèces en péril habitent leurs terres — autrement dit, « tirer, enterrer et ne pas en parler ». L'expérience malheureuse des États-Unis a soulevé des inquiétudes dans notre pays et a créé une certaine confusion face à la nouvelle loi du gouvernement du Canada.

« ... on devrait utiliser la carotte le plus souvent possible, en commençant par des incitatifs à la bonne gestion et en finissant par l'indemnisation. »

Fédération canadienne des municipalités

Incitatifs ou indemnités

Avant de continuer, je dois établir une distinction claire entre les « incitatifs » et les « indemnités », car les deux termes s'appliquent à la politique portant sur les espèces en péril. Les deux termes peuvent faire référence à des fonds transférés du gouvernement au propriétaire foncier pour compenser les coûts ou les pertes imputables à la protection d'un habitat d'espèce sauvage, créant ainsi de la confusion. Il existe cependant une importante différence entre le contexte dans lequel se fait le paiement et le but. On verse un paiement incitatif à quelqu'un qui l'accepte comme faisant partie d'un engagement volontaire de collaborer à un effort d'intendance visant à contribuer à la protection ou à l'amélioration d'une espèce en péril. D'autre part, on verse une indemnité à quelqu'un qui subira une perte en raison d'une restriction gouvernementale sur l'utilisation ou la gestion de ses terres. La restriction ne fait pas l'objet d'un accord mutuel : elle est imposée unilatéralement par le gouvernement pour protéger l'habitat d'une espèce.

Le paiement a pour but d'atténuer les pertes subies par le propriétaire foncier. Dans ce rapport comme dans la Loi sur les espèces en péril, le terme « indemnité » désigne un paiement versé à quelqu'un qui assumerait autrement seul le fardeau des restrictions sur l'utilisation des terres, lesquelles seraient imposées uniquement s'il est impossible de conclure un accord fondé sur la collaboration, y compris les incitatifs.

Le rôle limité de l'indemnisation

Même si de nombreuses personnes susceptibles d'être touchées par la Loi sur les espèces en péril considèrent l'indemnisation comme étant une question extrêmement importante, voire comme leur principale source de préoccupation, celle-ci a pour but de jouer un rôle relativement secondaire. La Loi et les textes connexes indiquent clairement que la protection des habitats occupés par les espèces en péril sera fondée principalement sur des efforts de bénévolat et de collaboration soutenus selon le besoin par des fonds du gouvernement ou d'autres incitatifs.

En vertu de la politique sur les espèces en péril proposée, l'indemnisation entrerait en jeu uniquement quand les propriétaires fonciers seraient incapables ou refuseraient de participer à des mesures fondées sur la collaboration et que les habitats essentiels sont alors laissés sans protection. Donc, elle n'intervient que si toutes les autres solutions ont échoué et que le gouvernement est contraint d'imposer des restrictions réglementaires. Si la politique fonctionne bien, ces cas seront rares; mieux elle fonctionne, plus ils seront rares. En d'autres mots, la fréquence à laquelle le gouvernement impose des mesures de contrôle réglementaires et

de l'indemnisation permettra d'évaluer le niveau d'échec de la politique.

La portée de l'indemnisation en vertu de la Loi sur les espèces en péril est donc limitée à plusieurs égards. D'abord, il s'agit d'une disposition fédérale, et la responsabilité première de protéger bon nombre d'espèces en péril incombe aux provinces et aux territoires. Ensuite, quand le gouvernement fédéral intervient, il met l'accent sur des mesures volontaires fondées sur la collaboration qui n'exigent pas l'indemnisation. De plus, même quand des mesures coercitives s'imposent, celles-ci ne donneraient droit à l'indemnisation que si l'habitat nécessitant une protection est terrestre, puisque l'habitat aquatique associé à toute pêche est déjà protégé en vertu de la *Loi sur les pêches* qui a l'avantage d'avoir une portée plus étendue, d'être plus simple à appliquer et d'être bien connue.

« [...] l'indemnisation ne devrait être utilisée qu'en dernier recours. Nous devrions éviter de créer un système qui éliminerait les incitations à participer à l'intendance [...] Nous devons aussi faire attention de ne pas siphonner des ressources précieuses des [...] programmes de rétablissement. »

Gouvernement de Terre-Neuve et du Labrador

POLITIQUES ET PRINCIPES RELATIFS À L'INDEMNISATION

Mes consultations ont révélé que l'effort fédéral visant à protéger les espèces en péril au Canada jouit d'un large appui. La plupart des personnes qui m'ont présenté des observations appuyaient l'objectif de base de la Loi sur les espèces en péril, à savoir de protéger l'ensemble des plantes et animaux naturels du Canada.

Les représentants de certaines industries du secteur primaire sont même allés plus loin. Tout en étant bien conscients des frais que cela pourrait occasionner, ils voyaient également les avantages possibles découlant de l'engagement de spécialistes du gouvernement dans la gestion des espèces sauvages habitant leurs terres, dans l'association de leurs produits à des méthodes de production écologiques et dans l'occasion de prouver qu'ils savent gérer de manière responsable les terres et les ressources naturelles.

Néanmoins, l'appui accordé à la Loi sur les espèces en péril n'est pas sans réserve; beaucoup de groupes mettent une importante condition à cet appui : que l'on indemnise ceux qui autrement assumeraient intégralement le fardeau des restrictions réglementaires sur des terres classifiées comme habitats essentiels. Les parties dont les terres et les ressources naturelles risquent d'être touchées par cette loi sont généralement en faveur d'un vaste programme d'indemnisation, et la plupart des autres intervenants envisagent au moins une indemnisation raisonnable et appropriée.

« Si la planification du rétablissement engage la participation des intervenants touchés au cours du processus, si elle tient compte des considérations socio-économiques et si elle met l'accent sur l'intendance, les incitatifs et les activités volontaires, les exigences en matière d'indemnisation seront minimisées. »

Council of Forest Industries
Industrial, Wood and Allied Workers of Canada
Forest Alliance of British Columbia

Certaines personnes s'opposent cependant à l'indemnisation. Parmi celles-ci, certaines sont convaincues que les propriétaires fonciers ont le devoir, ou la responsabilité sociale, de protéger l'intégrité écologique de leurs terres et des espèces naturelles qui y vivent.

Certaines tiennent pour acquis (peut-être à tort) que les personnes dont les terres doivent être réglementées pour protéger les habitats d'espèces en péril sont responsables de la situation précaire des espèces en question et que, par conséquent, elles ne devraient recevoir aucune indemnité. D'autres craignent que le coût des indemnités ne dissuade le gouvernement de poser les gestes voulus pour protéger les espèces en péril. Enfin, de très nombreux observateurs jugent qu'il serait plus utile d'investir les fonds gouvernementaux disponibles dans le soutien d'initiatives d'intendance volontaires que de recourir à des restrictions réglementaires et à des indemnités.

Dans la documentation du gouvernement, et dans mes consultations auprès des propriétaires fonciers et d'autres intervenants, le motif le plus souvent invoqué pour justifier l'indemnisation des personnes dont on limite les possibilités d'utilisation des terres afin de protéger les espèces en péril est l'équité : tout le monde profitant de la protection des espèces, les quelques personnes dont les terres sont requises pour assurer cette protection ne devraient pas en assumer seules le coût. Cependant, ont aussi été avancés des arguments moins évidents. L'un d'entre eux est la nécessité d'une discipline fiscale : l'indemnisation oblige les gouvernements à reconnaître le coût de leur intervention. Un troisième motif est le renforcement des fondements de la propriété sur lesquels reposent nos systèmes économiques et sociaux. Une quatrième raison est pragmatique : l'expérience américaine démontre que l'absence d'incitatifs et d'indemnités dissuade les propriétaires fonciers de protéger les espèces en péril, qu'ils se mettent à considérer comme un inconvénient.

Restrictions réglementaires et expropriation

Aux fins du présent rapport, il importe de noter la différence entre la « restriction de l'utilisation des terres », telle qu'envisagée dans la Loi sur les espèces en péril, et l'« expropriation » des terres. L'expropriation est le fait d'enlever un bien à son propriétaire privé et d'en transférer le titre de propriété à l'État. Les gouvernements fédéral et provinciaux ont des régimes bien établis d'expropriation de propriétés privées pour y aménager des routes et les utiliser à d'autres fins publiques. Les lois sur l'expropriation définissent la façon de procéder, de calculer l'indemnisation à verser, de résoudre les différends, etc. Depuis une vingtaine d'années, les codes d'expropriation ont fait l'objet au Canada d'une réforme en profondeur qui les a rendus plus respectueux de la propriété privée, qui les a assortis d'indemnités plus généreuses et qui les assujettis à une procédure plus équitable et plus transparente.

La Loi sur les espèces en péril ne contient cependant pas de dispositions relatives à l'indemnisation faisant suite à une expropriation. Si un gouvernement provincial ou territorial ou le gouvernement fédéral expropriait une propriété dans le but de protéger une espèce en péril, il le ferait conformément aux lois sur l'expropriation en vigueur. Par conséquent, il n'est pas nécessaire de traiter ici des modalités d'une indemnisation qui ferait suite à l'expropriation d'une propriété privée.

« Les propriétaires de bien-fonds doivent être indemnisés pour les prises de possession partielles, c'est-à-dire dans les cas où on limite considérablement l'usage qu'ils peuvent faire de leur bien-fonds sans leur en retirer la propriété. »

Ontario Property and Environmental Rights Alliance

La Loi sur les espèces en péril prévoit des restrictions réglementaires sur l'utilisation des terres pour protéger des habitats essentiels d'espèces sauvages. Si les conséquences de ces restrictions sont telles que le propriétaire ne peut plus tirer profit de ses terres, un tribunal pourrait juger qu'elles sont équivalentes à une expropriation (c'est-à-dire constitue une expropriation *de facto* ou, pour utiliser le vocabulaire de l'ALÉNA, « est l'équivalent » d'une expropriation). Dans un tel cas, la loi sur l'expropriation s'appliquerait, et une indemnisation équitable serait justifiée. Par conséquent, nous ne devons nous occuper ici que des restrictions réglementaires visant à protéger les habitats essentiels d'espèces sauvages en vertu de la Loi sur les espèces en péril, restrictions qui ne sont pas sévères au point d'équivaloir à une expropriation.

La Loi sur les espèces en péril reconnaît la possibilité que le gouvernement fédéral acquière une terre d'un propriétaire privé; dans un tel cas, cependant, le vendeur devrait consentir au prix de vente et aux autres conditions, de telle sorte que la question de l'indemnisation ne se poserait pas. Dans ce rapport, je traite donc uniquement d'un ensemble limité de situations définies par les critères suivants : le gouvernement fédéral, après consultation d'un comité composé de scientifiques, classe une espèce comme étant en voie de disparition ou menacée; le plan d'action visant la protection et le rétablissement de cette espèce exige des mesures de contrôle relatives à l'utilisation et à la gestion de son habitat essentiel; le Ministre conclut que les efforts des autres gouvernements ne sont pas suffisants pour protéger convenablement cet habitat; il est impossible de négocier des accords d'intendance fondés sur la collaboration (incluant des paiements incitatifs, le cas échéant); et le gouvernement fédéral recourt aux restrictions réglementaires pour protéger l'habitat sans modifier la propriété des terres ou des eaux en cause.

Éloignement relativement aux politiques en vigueur

Avant de passer aux recommandations relatives à la disposition portant sur l'indemnisation en vertu de la Loi sur les espèces en péril, il importe de faire le point sur les lois et politiques appliquées au Canada concernant l'indemnisation exigible quand les gouvernements empiètent sur les droits des propriétaires fonciers. Il existe un débat juridique continu au Canada et à l'étranger sur la limite entre la réglementation de l'utilisation des terres et la prise de possession d'une propriété; ce débat fait écho au débat sur la nature des interventions gouvernementales justifiant une indemnisation. Le droit évolue et présente beaucoup d'aspects ésotériques; par

ailleurs, les politiques varient quelque peu d'un bout à l'autre du pays; enfin, on compte de nombreuses exceptions aux règles générales. Il n'y a pas lieu dans le présent document d'expliquer en détail les régimes en vigueur, mais, au risque d'être simpliste, je me risquerai à quelques généralisations.

J'ai déjà indiqué que les gouvernements fédéral et provinciaux administrent des régimes bien établis pour indemniser les propriétaires fonciers qu'ils exproprient des propriétés privées — c'est-à-dire lorsqu'ils enlèvent aux propriétaires leur propriété. Toutefois, en vertu de la Loi sur les espèces en péril, il ne s'agit pas d'expropriation, mais de restrictions réglementaires sur la façon dont les terres peuvent être utilisées.

Les règlements gouvernementaux empêchant les citoyens d'utiliser leur propriété d'une façon qui était légale jusque là se sont multipliés depuis quelques années. Les réserves de terres empêchent les agriculteurs et les propriétaires de forêts d'aménager leurs terres; les terres rurales et urbaines sont généralement divisées en zones afin de réserver les terres à des utilisations particulières; les pratiques agricoles, forestières et minières sont réglementées; la perturbation des terres humides, des habitats de poissons et des sites archéologiques est interdite; des règlements municipaux limitent l'utilisation des terres de multiples façons; toutes sortes d'autres règlements et de restrictions se sont multipliés, réduisant petit à petit le droit traditionnel des propriétaires d'utiliser et de gérer leurs terres à leur guise.

Certaines de ces restrictions, comme l'interdiction de perturber l'habitat des poissons stipulée dans la *Loi sur les pêches* fédérales, existent depuis très longtemps, si longtemps que peu des propriétaires fonciers actuels ont porté le fardeau de leur introduction. Beaucoup d'autres sont entrées en vigueur récemment, souvent affectant de manière défavorable, et quelquefois de façon considérable, la valeur de la propriété. Cependant, contrairement aux dispositions portant sur l'expropriation, de telles restrictions réglementaires donnent rarement droit à une indemnisation.

Au Canada, les lois sur l'expropriation sont conformes à la présomption de common law voulant que le gouvernement ne prive pas les particuliers de leur propriété sans les dédommager. Néanmoins, les tribunaux et les gouvernements ont historiquement établi une distinction entre l'expropriation de bien-fonds, qui doit faire l'objet d'une indemnisation, et les restrictions sur l'utilisation d'une propriété pour une quelconque fin publique, qui ne fait habituellement pas l'objet d'une indemnisation. Les restrictions qui pourraient être imposées en vertu de la Loi sur les espèces en péril étant de ce dernier type, l'indemnisation prévue contredit une politique solidement ancrée au Canada.

« [...] les textes de législation qui limitent l'utilisation de la propriété, sans pour autant toucher le droit de possession [...] les pertes partielles, qui seront nécessaires d'après nous pour mettre en application le projet de loi C-33, sont un domaine très obscur. »

L'Association canadienne de l'immeuble

Les Canadiennes et les Canadiens acceptent le principe que les gouvernements devraient intervenir par voie de règlement quand cela est nécessaire pour promouvoir le bien public, et nos lois le reflètent. Cependant, les règlements portant sur l'utilisation des terres, comme presque tous les règlements, même s'ils profitent à la population en général, entraînent des avantages pour certains citoyens et des désavantages pour d'autres. Traditionnellement, les gains et les pertes ont été laissés aux personnes touchées en raison de la difficulté de les évaluer, du coût des indemnisations éventuelles et de la difficulté de mesurer les gains.

Par ailleurs, il est largement accepté que les gouvernements ont le droit de prendre des décisions réglementaires imposant des sacrifices individuels dans l'intérêt général. Les dispositions portant sur l'indemnisation qui figurent dans la Loi sur les espèces en péril ne devraient pas être vues, selon moi, comme un désaveu de cette conception du rôle du gouvernement. Au contraire, elles constituent une tentative pour atténuer l'effet de l'intervention publique dans les cas où des propriétaires fonciers particuliers se verraient autrement imposer des sacrifices extraordinaires pour protéger des espèces en péril.

Toutes ces considérations invitent à exercer une grande prudence dans l'élaboration des mesures d'indemnisation relatives à la Loi sur les espèces en péril. Comme on ne dédommage pas habituellement les victimes d'un empiétement réglementaire sur le droit de propriété au Canada, les mesures d'indemnisation prévues ici entraînent un changement marqué dans les politiques. Il s'agit d'un précédent qui touche non seulement la politique fédérale de protection des espèces en péril, mais aussi d'autres politiques ayant une incidence sur le droit de propriété et d'autres ordres de gouvernement.

« [...] l'élément le plus important de toute loi doit être sa capacité d'encourager la collaboration sur le terrain de tous les intervenants. »

L'Association minière du Canada

Autres motifs de prudence

Le précédent qu'établit une indemnisation pour empiétement réglementaire n'est qu'une des raisons — mais une raison de poids — pour faire preuve de prudence en la matière. J'en expose d'autres plus loin dans le présent rapport. Avant de présenter mes recommandations, je veux toutefois mettre en relief deux autres considérations qui ont influé sur mes conclusions, mais qui n'ont pas toujours été prises en compte par les personnes qui m'ont présenté des observations.

L'une de ces considérations est que l'indemnisation pour empiétement sur les droits de propriété, et d'ailleurs toute la politique de protection des espèces en péril, touche un domaine compliqué et délicat marqué par le chevauchement des compétences fédérale, provinciale, territoriale et autochtone. Cette panoplie de compétences et de responsabilités administratives crée un risque de conflit et d'interférence avec les initiatives fédérales dans le domaine. En outre, toutes les provinces et les territoires, comme le gouvernement fédéral, participent activement à la gestion des espèces sauvages et de leurs habitats; des programmes, du personnel et d'autres ressources considérables sont engagés dans cette entreprise. Il faut donc une collaboration particulièrement étroite entre les gouvernements pour mettre en oeuvre avec efficacité et efficience les politiques de chacun — un défi sur lequel je reviendrai plus loin.

Enfin, une complication unique découle du lien établi, dans la Loi sur les espèces en péril, entre l'indemnisation et les accords fondés sur la collaboration. Pour protéger les habitats essentiels, la Loi privilégie les programmes d'intendance volontaires, appuyés au besoin par des incitatifs gouvernementaux. Pratiquement toutes les parties consultées, notamment les autres gouvernements, les organisations autochtones et agricoles et les industries du secteur primaire, appuient cette approche, en raison du fait que les mesures fondées sur la collaboration seront moins coûteuses, moins importunes et plus efficaces qu'un règlement coercitif. La collaboration met à profit la connaissance approfondie du terrain que possèdent les propriétaires pour identifier et protéger les habitats des espèces en péril, ce qui en fait le meilleur moyen de protection.

Il s'ensuit que tous les éléments de la politique de protection des espèces en péril, y compris les dispositions portant sur l'indemnisation, doivent compléter et renforcer les accords volontaires. Cela représente un défi, car les propriétaires fonciers risquent de considérer l'indemnisation octroyée en cas d'un échec de la collaboration comme un facteur atténuant la menace d'un tel échec et les conséquences de l'intervention gouvernementale, avec l'effet pervers de moins les inciter à la collaboration. Pire encore, si les clauses d'indemnisation ne sont pas formulées avec soin, ils pourraient s'en servir comme prétexte pour obtenir des fonds publics au lieu de protéger les espèces en péril.

L'objectif consistant à associer le plus possible les propriétaires fonciers et les utilisateurs de ressources aux solutions fondées sur la collaboration requiert que tout le programme soit conçu avec soin; que l'on renforce et facilite les mesures volontaires; que l'on encourage la collaboration intergouvernementale; et que l'on agisse de façon complémentaire par rapport aux autres politiques relatives aux terres et aux ressources. À tout le moins, l'indemnisation ne devrait pas être utilisée de façon à encourager la dépendance sur les restrictions réglementaires pour protéger les habitats essentiels d'espèces sauvages.

Principes d'indemnisation

J'ai déjà mis en relief l'éloignement relativement aux politiques gouvernementales bien établies que visent les dispositions portant sur l'indemnisation dans le cas d'empiétement réglementaire sur la propriété prévues dans la Loi sur les espèces en péril. Ces dispositions ne contredisent pas les motifs pour lesquels les gouvernements du Canada ont toujours été réticents à indemniser les propriétaires dans les situations où la valeur de la propriété diminue en raison d'un règlement portant sur l'utilisation des terres. Toutefois, elles donnent à penser qu'il nous faut peaufiner nos idées traditionnelles sur les sacrifices que l'on peut raisonnablement imposer aux propriétaires fonciers et qu'il nous faut repenser le partage des coûts associés au règlement portant sur l'utilisation des terres. Les principes ci-dessous, qui suivent une progression logique, définissent un cadre solide pour une politique sur l'indemnisation.

1. Toutes les espèces doivent être protégées. Ce point de départ est clairement établi dans les engagements internationaux et nationaux mentionnés.

2. Les habitats essentiels des espèces en péril peuvent être protégés davantage par des efforts volontaires que par des mesures de contrôle gouvernementales coercitives. Cette préférence pour les accords fondés sur la collaboration, exprimée dans la Loi sur les espèces en péril, reçoit un large appui des propriétaires fonciers et des utilisateurs de ressources, non seulement parce qu'elle est plus respectueuse de leurs droits de propriété, mais encore parce qu'elle est plus efficace.

« La nécessité de verser des indemnités prévue dans la Loi sur les espèces en péril est fondée sur le principe de l'équité. L'engagement pris par le Canada de conserver la biodiversité et d'assurer la protection des espèces en péril est une valeur sociale partagée par toute la population canadienne. »

Alberta Chamber of Commerce - Land and Resource Partnership

3. L'équité suppose un partage des coûts. La protection des espèces en péril profite à la société dans son ensemble; par conséquent, les titulaires d'un droit sur les propriétés requises pour assurer cette protection ne devraient pas en assumer tous les coûts. En outre, quand les mesures nécessaires à la protection des espèces en péril sont coûteuses, on ne peut demander des efforts volontaires que si les coûts en sont partagés.

4. Lorsque la protection des habitats d'espèces en péril exige des restrictions relatives à l'utilisation des terres, qui représentent des coûts ou des pertes importantes pour le propriétaire foncier, le principe du partage de ce fardeau suppose qu'il soit indemnisé par le gouvernement. Cela ne signifie pas que les propriétaires fonciers ne doivent faire aucun sacrifice pour protéger les espèces en péril qui se trouvent sur leurs terres, mais plutôt qu'on ne devrait pas exiger d'eux des sacrifices « extraordinaires ».

Les quatre principes qui précèdent sont conformes au langage de la Loi sur les espèces en péril et aux orientations générales qui la sous-tendent. Ensemble, ils justifient le soutien financier public des mesures volontaires et l'indemnisation dans les cas où l'on impose des mesures obligatoires pour protéger les habitats essentiels. Lors de mes consultations avec les groupes d'intérêts, les observateurs ont indiqué que les accords d'indemnisation devraient aussi prendre en compte une série d'autres facteurs. Je recommande de retenir les suivants :

5. Les droits privés de propriété doivent être respectés, et les lois et politiques en vigueur qui concernent l'expropriation, reconnues.

6. Les différents ordres de gouvernement doivent jouer un rôle conforme à leurs responsabilités constitutionnelles; en outre, les pouvoirs respectifs du gouvernement fédéral et des gouvernements provinciaux doivent être respectés, dans le cadre de l'Accord pour la protection des espèces en péril.

7. Les politiques, procédures et programmes doivent être clairs et transparents et offrir un maximum de certitude.

8. Les accords administratifs doivent être simples, de manière à éviter les procédures coûteuses et les exigences de conformité onéreuses.

9. Les mécanismes administratifs de l'indemnisation doivent être fondés autant que possible sur les structures et les procédures actuelles.

10. Tous les accords doivent être conçus de manière à favoriser les mesures volontaires fondées sur la collaboration.

J'ai constaté que tous ces principes recevaient un large appui parmi les propriétaires fonciers, les industries du secteur primaire, les groupes autochtones, les organisations environnementales et les organismes gouvernementaux. Les modalités d'indemnisation que je propose dans la suite du présent rapport ont pour objet d'assurer le bon fonctionnement du programme de protection des espèces en péril, tout en adhérant le plus étroitement possible aux principes énoncés.

« Limiter ce qu'un propriétaire foncier peut faire sur ses propres terres est un geste lourd de conséquences qui ne devrait pas être entrepris à la légère. »

District municipal de Clearwater (Alberta)

Cadre de la politique d'indemnisation

Tenant compte du rôle limité prévu pour l'indemnisation, de la préférence envers les accords volontaires sans indemnisation et des principes en matière de politique d'indemnisation proposés ci-dessus, je traiterai maintenant des questions plus précises d'admissibilité, d'évaluation des pertes et d'indemnisation, de règlement de différends et de questions afférentes.

La Loi sur les espèces en péril (a. 64) énonce que le Ministre peut indemniser toute personne « des pertes subies en raison des conséquences extraordinaires » des restrictions nécessaires afin de protéger l'habitat essentiel des espèces sauvages. Elle ajoute, cependant, que l'indemnisation est payable « en conformité avec les règlements ». À cette fin, le gouverneur en conseil peut prendre un règlement prescrivant « le mode de détermination du droit à indemnité, de la valeur de la perte subie et du montant de l'indemnité à payer pour cette perte » ainsi que « les modalités de paiement de l'indemnité ». La Loi se réfère, de façon assez maladroite, au règlement prescrivant « le mode de détermination » de ces éléments clés du régime d'indemnisation. Cependant, le sens et la substance de l'admissibilité, la valeur de l'indemnité à payer et les autres questions doivent aussi être déterminées; ma tâche comprend des recommandations à ce sujet. La Loi est presque silencieuse sur ces questions et, dans l'élaboration de mes conseils au Ministre dans les pages qui suivent, j'ai tenu compte non seulement du libellé de la Loi, mais aussi de l'objectif sous-jacent de la Loi.

Personnes admissibles

La première question est la suivante : qui devrait être admissible à l'indemnisation? Les principes décrits ci-dessus, notamment celui d'équité et la nécessité de partager la charge, indiquent que les propriétaires fonciers privés devraient être admissibles à l'indemnisation lorsque des actions entreprises en vertu de la Loi sur les espèces en péril diminuent grandement la valeur de leurs terres. L'indemnisation devrait aussi porter sur les terres appartenant aux peuples autochtones ou détenues pour eux en fiducie comme terres de réserves, tel que décrit ci-dessous.

La question de l'indemnisation pour des empiétements sur le territoire domanial est beaucoup plus complexe. Elle est aussi très importante parce que la plupart des terres et des eaux au Canada appartiennent à l'État, au nom des provinces et du gouvernement fédéral, une bonne partie des ces dernières étant administrée par les gouvernements territoriaux. De plus, dans la plupart des régions du Canada, les industries forestières, minières et pétrolières exploitent principalement des terres domaniales au titre de baux, de licences et de permis délivrés par ces gouvernements. Les grands éleveurs souvent dépendent eux aussi des droits de pacage sur le territoire domanial.
La question de savoir si l'indemnisation en vertu de la Loi sur les espèces en péril devrait être versée lorsque des restrictions fédérales sont appliquées au territoire domanial a suscité beaucoup de discussion lors de mes consultations, notamment celles avec les représentants des industries des ressources primaires et des gouvernements provinciaux et territoriaux. La plupart des porte-parole des industries des ressources primaires prétendaient que le principe d'équité fait en sorte que

l'indemnisation soit prolongée au-delà des propriétaires fonciers privés à ceux qui dépendent de droits d'utilisation des terres et des ressources domaniales. Ceux qui s'opposent à ce point de vue étaient d'avis qu'un locateur peut certes modifier les modalités d'utilisation d'une propriété par un locataire et qu'un locateur gouvernemental a la responsabilité de le faire lorsqu'une nécessité publique est en jeu. De plus, les propriétaires fonciers privés ne sont pas, normalement, indemnisés pour de telles intrusions, et le cas de l'État s'indemnisant lui-même, à titre de propriétaire, est certes plus faible. Il y a, de plus, peu de précédents dans les politiques fédérales ou provinciales prévoyant l'indemnisation à l'autre ordre de gouvernement ou aux locataires de ses terres.

L'indemnisation relative aux restrictions portant sur l'utilisation des terres domaniales représenterait toute une gamme de problèmes. Si l'indemnisation fédérale était fournie lorsque les terres provinciales domaniales sont occupées par quelqu'un qui détient des droits sur les ressources sur ou sous ces terres sous forme de licence délivrée par un organisme provincial, qui devrait être indemnisé, le locateur ou le locataire? Comment les pertes doivent-elles être évaluées, surtout lorsque la licence permet des modifications réglementaires? Comment les paiements pour les droits sur les ressources qui, parfois, sont versés à l'avance, comme dans le cas des baux des terres pétrolifères, devraient-ils être traités?

« Tous les gouvernements sont responsables de la protection et du rétablissement des espèces en péril, et chaque gouvernement doit respecter ses responsabilités ... »

Groupe de travail sur les espèces en péril

Outre ces problèmes pratiques, si le gouvernement fédéral agissait unilatéralement en matière d'indemnisation touchant les terres provinciales domaniales, l'effet serait perturbateur pour la coordination et la collaboration fédérales-provinciales. L'intervention réglementaire fédérale dans la gestion provinciale et territoriale des terres et des ressources pourrait être aggravée par les modalités d'indemnisation qui touchent aux relations contractuelles entre ces gouvernements et leurs détenteurs de licences. Un tel geste ne serait certes pas conforme à l'Accord pour la protection des espèces en péril, entériné par toutes les provinces et les territoires ainsi que par le gouvernement fédéral, les engageant à collaborer, à établir des programmes complémentaires et à partager la responsabilité pour la protection des espèces en péril.

Tenant compte de ces éléments, j'ai conclu qu'il ne devrait pas être possible d'indemniser le propriétaire des terres lorsque des restrictions s'appliquent au territoire domanial. Si ce sont des terres ou des eaux fédérales, le gouvernement fédéral aurait pour effet de s'indemniser lui-même, ce qui est contraire à sa politique établie depuis longtemps, et cela n'accomplirait aucune fin utile. Les gouvernements provinciaux et territoriaux ne devraient pas, non plus, être indemnisés pour des restrictions sur les terres ou les eaux domaniales qui leurs appartiennent ou qu'ils gèrent. Ces gouvernements ont la responsabilité directe de l'intendance de ces ressources et ont convenu de prendre les mesures nécessaires pour protéger les espèces en péril sur ces terres. En vertu de la Loi sur les espèces en péril, le gouvernement fédéral est responsable de faire en sorte que ces mesures soient adéquates. Dans de telles circonstances, il serait inapproprié que le gouvernement fédéral indemnise les provinces ou les territoires s'il considère leurs mesures inadéquates.

Il s'agit maintenant de traiter de la question à savoir si une indemnisation devrait être accessible aux détenteurs privés de droits sur les terres domaniales sous forme de baux, de licences et de permis. Dans chacun de ces cas, la réponse devrait refléter si les restrictions réglementaires portent atteinte aux droits légaux ou contractuels du détenteur privé.

Les baux, licences et permis délivrés par les gouvernements sont des contrats, et les droits et les devoirs de chaque partie sont décrits dans ces accords, dans les lois qui les régissent et, parfois, dans les politiques établies et les précédents. Souvent, on y trouve les conditions permettant au gouvernement de modifier ou d'annuler ces accords. Certains précisent les circonstances dans lesquelles une indemnisation peut être versée.

Les types de tenures établis par les gouvernements provinciaux, territoriaux et

fédéral au Canada afin de donner à des utilisateurs privés accès aux terres et aux ressources domaniales sont variés et compliqués. Cependant, presque tous limitent leurs détenteurs à une forme d'utilisation des terres, par exemple l'exploitation forestière ou minérale; ils prévoient des règlements pour régir ces activités; ils sont établis pour des durées fixes et ils nécessitent une forme ou l'autre de paiement à l'État. Bien que l'État détienne le titre des terres, les locataires, dans certaines tenures d'exploitation minière et forestière, possèdent les ressources sur ou sous ces terres. Plus fréquemment, l'État conserve la propriété des ressources jusqu'à ce que le détenteur du bail ou de la licence les récupèrent.

Aux fins du présent mémoire, il est important de reconnaître que les droits des détenteurs de ces tenures varient énormément. Les modalités et les conditions de ces contrats ainsi que les lois qui les régissent donnent souvent au gouvernement de nombreuses possibilités d'ajouter des restrictions réglementaires à la méthode que les détenteurs peuvent utiliser pour effectuer leur exploitation ou autres activités, sans empiéter sur leurs droits contractuels. Les modalités limitées des baux et des licences confèrent, par exemple, au gouvernement la possibilité de modifier les modalités et les conditions lorsque ces contrats sont renouvelés et s'ils le sont. La durée de certaines tenures est aussi brève qu'un an ou même moins. Les licences forestières à long terme font souvent appel, à des intervalles réguliers, à des plans de gestion à court terme ou à des autorisations d'exploitation, qui donnent des occasions plus nombreuses d'incorporer de nouvelles politiques. Certaines formes de tenures donnent à l'État de vastes pouvoirs discrétionnaires continus de réglementation des pratiques de gestion des ressources.

« La grande majorité des espèces au Canada relèvent des compétences législatives des provinces et des territoires. »

Council of Forest Industries

Lorsque des restrictions réglementaires nécessaires à la protection des espèces en péril peuvent être appliquées sans porter atteinte aux droits légaux des détenteurs privés dans le cadre de ces tenures, aucune indemnisation ne devrait être versée. Ce ne sera, cependant, pas toujours le cas. Lorsque ces restrictions empiètent sur les droits contractuels des locataires, provoquant une perte significative de la valeur de ces droits, les détenteurs devraient être admissibles à l'indemnisation.

L'indemnisation ne devrait être versée qu'aux personnes qui possèdent un intérêt juridique dans les terres qui font l'objet de mesures de contrôle réglementaires. Cela ne signifie pas que d'autres personnes ne seront pas touchées négativement, par exemple les entrepreneurs, les employés, les collectivités locales et d'autres intéressés; même les contribuables peuvent subir des pertes directes ou indirectes. Cependant, la mesure de tous les effets économiques, positifs ainsi que négatifs, qui pourraient se faire sentir par entraînement dans une collectivité ou une région, serait ingérable. De toute manière, l'objectif est de traiter équitablement les personnes dont les droits de propriété sont violés, ce qui ne nécessite pas de tenter de compenser tous les autres effets sur les autres personnes et leurs intérêts. De plus, je n'ai trouvé aucun précédent, même dans les lois sur l'expropriation, portant sur l'indemnisation des personnes dont aucun droit de propriété n'a été violé.

Ces effets secondaires et indirects sur les collectivités et les entreprises locales peuvent être lourds dans certains cas, nécessitant l'aide du gouvernement. Celle-ci devrait cependant être fournie par l'intermédiaire de programmes visant l'ajustement économique rural et régional, comme l'ont fait les programmes récemment offerts pour aider les collectivités de pêcheurs et d'agriculteurs en difficulté. Les programmes de transition comportant un soutien à la formation, à la réinstallation et à des projets de développement, contrairement aux politiques d'indemnisation, peuvent être élaborés beaucoup plus précisément en fonction des circonstances et des besoins particuliers et faire participer davantage les collectivités locales à leur réalisation.

D'autres solutions de rechange à l'indemnisation en raison de restrictions réglementaires peuvent convenir dans des circonstances particulières. Tel que signalé ci-dessus, le gouvernement peut exproprier des terres à des fins publiques en vertu de la *Loi sur l'expropriation*. La Loi sur les espèces en péril l'autorise à

« La coordination efficace est essentielle pour nous permettre de relever les défis du développement durable; or, les gouvernements ne sont pas très efficaces en la matière. »

Le Commissaire à l'environnement et au développement durable, 1999

acheter des terres de vendeurs consentants. Lorsque les droits sur le territoire domanial sont détenus sous forme de baux ou autres droits d'usufruit, le gouvernement pourrait offrir de les acheter aux prix du marché (comme il a parfois acheté et éliminé des licences de pêche commerciale) sans invoquer les règlements et l'indemnisation.

Pertes admissibles

La deuxième question est d'établir quels empiétements sur la propriété devraient être indemnisés. La Loi se réfère à des « pertes » et j'en conclus que l'indemnisation devrait être payée pour certains genres de pertes. Tel que signalé ci-dessus, ces pertes devraient être limitées à la baisse de la valeur des droits de propriété des personnes indemnisées et découler directement des restrictions portant sur l'utilisation de leur propriété et non des restrictions portant sur les propriétés des autres intéressés. Enfin, les pertes doivent « découler » de l'application des restrictions réglementaires auxquelles la Loi sur les espèces en péril (a. 64) se réfère. Cela sous-entend que le coût ou la perte doit être identifiable, raisonnablement certain et mesurable, ou du moins l'objet d'une estimation raisonnable.

La Loi requiert plus qu'une simple perte découlant d'une restriction réglementaire; la perte doit provenir « des conséquences extraordinaires » de ces mesures. Un grand nombre d'observateurs ont souligné l'importance de clarifier le sens du terme « extraordinaire » dans ce contexte. Le sens habituel de cet adjectif est « qui n'est pas selon l'ordre commun » ou « exceptionnel ». L'adjectif modifie ici les conséquences de la réglementation, et je conclus que cela se réfère aux pertes subies.

Par conséquent, je propose que cela soit interprété dans le sens que l'indemnisation peut être versée lorsque les règlements ont une conséquence négative significative sur la valeur de la propriété. Cela signifie qu'il ne suffit pas de démontrer une perte découlant des restrictions réglementaires; la conséquence doit être tellement significative qu'elle en est « extraordinaire ».

Tout cela indique un seuil des pertes admissibles à l'indemnisation, seuil assez élevé pour qu'il atteigne le critère de pertes « extraordinaires », mais pas à niveau si élevé qu'il représenterait l'expropriation de fait. D'autres considérations appuient elles aussi l'application d'un seuil de pertes indemnisables dans ces circonstances. Entre autres, le fait que dans un grand nombre de cas, la diminution de la valeur de la propriété ou du revenu attribuable aux restrictions visant la protection de l'habitat essentiel peut être limitée, se situant dans une fourchette que les propriétaires fonciers peuvent raisonnablement assumer dans le cadre de la bonne intendance des terres. Les politiques établies des gouvernements canadiens de ne pas verser, dans des circonstances normales, d'indemnités relatives aux restrictions réglementaires sur l'utilisation des terres renforcissent, au moins, l'argument favorable aux seuils. L'objectif de renforcer les mesures incitatives aux accords volontaires indique qu'il faut être prudent dans l'atténuation des conséquences découlant de l'incapacité à trouver des solutions fondées sur la collaboration.

« Il n'existe pas de modèles rapidement et facilement utilisables qui pourraient aider à déterminer les principes qui devraient guider un régime d'indemnisation. »

Environnement Canada

Il faut se demander à quel niveau situer le seuil. Puisque la Loi sur les espèces en péril représente une nouvelle approche à l'indemnisation liée aux restrictions réglementaires sur l'utilisation des terres, peu de modèles peuvent nous être utiles. Le seul exemple canadien pertinent est la récente *Endangered Species Act* (S.N.S. 1998 a. 11) de la Nouvelle-Écosse qui requiert que le gouvernement provincial indemnise les propriétaires de terres privées lorsqu'il restreint les utilisations de leurs terres afin de protéger des espèces en péril ou leurs habitats essentiels.

L'exigence d'indemnisation s'applique seulement lorsque le propriétaire utilise réellement les terres de la manière restreinte lorsque les restrictions sont appliquées. À cette condition, les propriétaires ont droit à une pleine indemnisation. Si les parties ne peuvent convenir de la valeur de la perte, le propriétaire peut s'adresser au Nova Scotia Utility and Review Board qui émettra une

« [...] le gouvernement doit se concentrer sur les systèmes qui encourageront les propriétaires fonciers à protéger volontairement les habitats des espèces en péril. Après tout, "un volontaire vaut dix hommes forcés". »

Private Forest Landowners Association

décision fondée sur les principes d'évaluation incorporés aux procédures d'expropriation de la Nouvelle-Écosse. Sans exprimer quoi que ce soit sur le bien-fondé de ce régime en Nouvelle-Écosse, je le considère, à certains égards, inapproprié dans le cadre de la Loi sur les espèces en péril. Tout d'abord, il limite les circonstances dans lesquelles l'indemnisation sera offerte et il ne limite pas, par ailleurs, l'indemnisation aux cas de pertes « extraordinaires ». La pleine indemnisation relativement à toutes les restrictions réglementaires serait non seulement incompatible avec la Loi sur les espèces en péril, elle affaiblirait toute mesure incitative à l'atteinte d'accords volontaires de protection des habitats.

Un petit nombre d'États du Sud et des Rocheuses aux États-Unis ont élaboré des politiques d'indemnisation des propriétaires fonciers pour les restrictions réglementaires qui ont un effet significatif sur la valeur de leurs terres, sans que ce soit un effet assez grave pour justifier l'expropriation de fait ou, dans la terminologie des avocats constitutionnels américains, une « prise réglementaire ». Les régimes en vigueur en Floride, en Louisiane, au Texas, au Mississippi et au Dakota du Nord sont décrits dans un récent article du *Journal of Forestry* du professeur D. Zhang (1996).

Tous ces régimes prévoient un seuil rendant admissible à l'indemnisation. La loi de la Floride limite l'indemnisation aux cas où les règlements portant sur l'utilisation des terres constituent une « charge déraisonnable ». Dans les autres États, le seuil est fonction du pourcentage de diminution de la valeur de la propriété, soit 20 p. 100 en Louisiane, 25 p. 100 au Texas, 40 p. 100 au Mississippi et 50 p. 100 au Dakota du Nord. Au-delà de ce seuil, la pleine indemnisation est versée.

Pour des raisons que je donnerai plus bas, je suis d'avis que la Loi sur les espèces en péril nécessite un seuil plus bas que les seuils des exemples des États-Unis présentés ci-dessus, soit un seuil qui reflète un véritable engagement public au partage des pertes extraordinaires qui, autrement, seraient à la charge de certains propriétaires fonciers à la suite d'un règlement de protection des espèces en péril. Parallèlement, une fois le seuil atteint, il serait plus approprié de mettre en place un système de partage des pertes plutôt que de pleine indemnisation.

À mon avis, le seuil devrait être de l'ordre de 10 p. 100 de la valeur de la propriété. La perte de plus de 10 p. 100 de la valeur de la propriété remplit la condition de conséquence « extraordinaire » telle que je la définis.

Un tel seuil garantira que le public partage avec les propriétaires fonciers la charge des restrictions onéreuses de l'utilisation des terres nécessaires à la protection des espèces en péril et il tient aussi compte des autres considérations décrites ci-dessus. Je recommande donc que l'indemnisation, se fondant sur la formule de partage décrite ci-dessous, soit versée lorsque les restrictions réglementaires en vertu de la Loi sur les espèces en péril produisent des pertes de plus de 10 p. 100 de la valeur des terres touchées ou du rendement net de celles-ci.

Valeur de l'indemnisation

Il faut maintenant traiter de la valeur de l'indemnisation qui devrait être versée lorsque ce critère d'admissibilité est satisfait. Les directives générales ont déjà été proposées : l'indemnité devrait suffire à garantir que le public partage considérablement la charge de la protection des habitats essentiels, mais elle devrait porter sur des pertes extraordinaires et ne pas être généreuse au point d'affaiblir les mesures incitatives à l'adoption d'accords d'intendance fondés sur la collaboration.

L'indemnisation traditionnelle de « tout ou rien » associée à l'expropriation de fait devrait être évitée. Une récente décision de la Cour suprême des États-Unis sur les « prises réglementaires » (Lucas c. South Carolina Coastal Council (1992), 505 U.S. 1003) illustre ce problème :

Il est vrai que dans au moins certains cas, le propriétaire foncier subissant une perte de 95 p. 100 n'obtiendra rien alors que le propriétaire confronté à une perte totale sera pleinement indemnisé. Mais ce résultat occasionnel n'est pas plus étrange que l'énorme disparité entre le propriétaire foncier dont les terres sont prises pour y construire une autoroute (lequel est pleinement indemnisé) et le propriétaire foncier dont la propriété est réduite à 5 p. 100 de

« L'indemnité devrait être fondée sur la valeur réelle du revenu perdu ou de la baisse de la valeur marchande découlant des restrictions imposées en vertu de la Loi. »

Canadian Cattlemen's Association

sa valeur antérieure par l'autoroute et qui ne reçoit aucune indemnité. La législation entourant les « prises » est remplie de ces situations de « tout ou rien » (505 U.S., page 1019, note 8). [traduction]

Les dispositions d'indemnisation des États américains décrites ci-dessus, offrant la pleine indemnisation pour la diminution de la valeur de la propriété dépassant un seuil de 20 à 50 p. 100, ont la même faiblesse « tout ou rien », quoique déterminée à un niveau moins élevé de perte du propriétaire foncier. L'objectif en matière de politiques du partage public des pertes extraordinaires découlant des restrictions réglementaires ne serait pas bien servi par un tel mécanisme de « tout ou rien ». Dès que la perte atteint le seuil que j'ai recommandé ci-dessus, le public devrait en partager le coût, ce qui ne signifie pas que les propriétaires fonciers devraient être pleinement indemnisés, comme ils le seraient si leur propriété était expropriée, mais ils devraient se voir indemnisés pour une part substantielle de la perte de valeur attribuable aux restrictions portant sur l'utilisation de leurs terres dans le but de protéger des espèces en péril.

Lorsque l'on délaisse le droit du « tout ou rien » pour le principe du partage des coûts, nous devons traiter de la question des parts appropriées du propriétaire foncier et du public. En l'absence de précédents ou d'autre guides indiquant qu'une partie devrait payer plus que l'autre, je recommande des parts égales. Plus précisément, je propose que les propriétaires fonciers admissibles à l'indemnisation devraient recevoir 50 p. 100 des pertes dépassant le seuil de 10 p. 100 pour la baisse de la valeur de leur propriété. Cette formule est une différence significative, quoique prudente, en regard de la politique traditionnelle d'aucune indemnisation pour de telles pertes. Elle garantira aux propriétaires fonciers que le public assumera une part substantielle de toute perte extraordinaire qui autrement leur incomberait à la suite des règlements de protection des espèces en péril, part qui ne serait toutefois pas assez grande pour encourager la préférence pour la réglementation et l'indemnisation par rapport à la collaboration. (Je ne vois donc pas la nécessité de limiter l'indemnisation au montant des paiements incitatifs offerts aux propriétaires fonciers, comme l'indique le document de travail du gouvernement, une procédure qui, de toute manière, interférerait avec le partage équitable et cohérent des pertes.)

Un grand nombre des intervenants que j'ai consultés au cours de mon enquête m'ont exhorté à me servir des structures administratives et des procédures et principes d'évaluation en place plutôt que d'en inventer de nouveaux. Je suis ouvert à ce conseil et je suis d'avis qu'il devrait s'appliquer aux principes d'évaluation des pertes indemnisables. L'objectif primordial devrait être de déterminer, d'une manière impartiale, la diminution de la juste valeur marchande de la propriété, qui découle de l'imposition de restrictions réglementaires visant la protection des habitats essentiels d'espèces sauvages.

Il vaut mieux confier cette tâche aux spécialistes indépendants de l'évaluation de la propriété qui appliqueront les principes normalement utilisés à cette fin. Ces principes généralement acceptés sont reflétés dans la *Loi sur l'expropriation* fédérale. Cependant, le Programme des dons écologiques, récemment créé par Environnement Canada, est un modèle encore plus pertinent. Dans le cadre de ce programme, les propriétaires fonciers peuvent volontairement accepter des restrictions portant sur l'utilisation de leurs terres afin d'en protéger les attributs écologiques, recevant en retour certains avantages fiscaux. Les restrictions de ce programme ressemblent par de nombreux aspects à celles qui sont proposées dans la Loi sur les espèces en péril entourant les habitats essentiels d'espèces sauvages. Il est nécessaire de faire évaluer la juste valeur marchande de ces clauses restrictives, de ces services fonciers et de ces servitudes par des évaluateurs accrédités indépendants.

« [...] il est essentiel que toute nouvelle proposition soit intégrée aux processus existants de gestion de l'utilisation des terres ... »

Union of B.C. Municipalities

Les modalités d'établissement de la juste valeur marchande des restrictions portant sur l'utilisation des terres dans le cadre du Programme des dons écologiques sont justes et raisonnables. Le mandat du programme est semblable à celui du programme sur les espèces en péril et il prévoit une application uniforme partout au pays.

Un comité de spécialistes vient récemment d'évaluer les principes et les procédures d'évaluation du Programme des dons écologiques. Leurs recommandations me

semblent aussi bien s'appliquer à la détermination des pertes relatives à la juste valeur marchande découlant des restrictions portant sur l'utilisation des terres en vertu de la Loi sur les espèces en péril, et je recommande qu'elles soient aussi adoptées à cette fin.

Il pourrait être utile de consulter le groupe de spécialistes qui se sont penchés sur les procédures du Programme des dons écologiques afin de déterminer si l'application de leurs recommandations à cette autre fin nécessite de légères modifications des techniques d'évaluation.

Processus

Les pertes admissibles à l'indemnisation doivent être évaluées dans un processus ouvert, professionnel et sans lien de dépendance avec le gouvernement. Ce processus doit faire en sorte que la partie touchée et le gouvernement y font confiance afin de minimiser l'insatisfaction et les appels.

Après examen des structures et des politiques en place entourant l'évaluation de la propriété, l'expropriation, l'arbitrage, la médiation et les sujets afférents, j'ai conclu que le mécanisme administratif du Programme des dons écologiques permettant d'établir les justes valeurs marchandes et son processus d'appel sont bien conçus et peuvent servir aux fins de l'indemnisation en vertu de la Loi sur les espèces en péril. Je répète qu'il serait prudent que le Ministre consulte les spécialistes qui ont recommandé les procédures du Programme des dons écologiques afin de pouvoir adapter adéquatement celles-ci au programme des espèces en péril.

Un certain nombre de personnes qui m'ont présenté des observations ont exprimé leur inquiétude entourant d'éventuelles poursuites pour violation de restrictions réglementaires alors qu'elles négociaient les modalités d'indemnisation. Elles allèguent qu'il serait injuste qu'elles subissent la charge des restrictions avant d'avoir été indemnisées. Bien que je ressente une certaine sympathie envers ces personnes, il serait imprudent d'exempter sans réserve ces parties de poursuites pendant les négociations. À mon avis, le Ministère devrait exercer son pouvoir discrétionnaire de ne pas poursuivre les propriétaires fonciers qui ne se conforment pas aux restrictions portant sur l'utilisation des terres et qui sont admissibles à l'indemnisation, et ce, pendant une période raisonnable de négociation portant sur l'indemnisation. Cette limite ne devrait pas s'appliquer s'il existe un danger immédiat pour l'espèce en péril ou son habitat; dans un tel cas, le propriétaire foncier devrait être avisé de l'intention du Ministère de lancer des poursuites à moins que les utilisations interdites des terres ne cessent.

Formes d'indemnisation

Bien que l'on conçoive normalement l'indemnisation en terme monétaire, elle peut aussi prendre d'autres formes. Des échanges de terrains, de droits aux terres, l'accès à d'autres ressources, le remboursement des droits versés pour les ressources, des concessions sur les droits ou des crédits versés par rapport aux droits payables pour d'autres ressources, l'aide gouvernementale, le changement de zonage et de nombreuses autres possibilités représentent des solutions de rechange aux règlements monétaires qui peuvent être plus attrayantes, moins perturbatrices et moins coûteuses en certaines circonstances.

Les agriculteurs et les grands éleveurs mettent l'accent sur la perturbation de leurs travaux lorsque leurs terres sont réduites en superficie, même si la perte est elle-même fait l'objet d'une indemnisation. Leur survie économique peut être protégée davantage en remplaçant les terres perdues. De façon semblable, si les terres d'une exploitation forestière sont diminuées afin de protéger une espèce en péril, leur viabilité peut être restaurée très efficacement en remplaçant par une autre source le bois qu'elle exploite. Les Premières nations soulignent elles aussi leur préférence pour une indemnisation sous forme de terres plutôt que d'argent.

« Il est fort possible d'élaborer des solutions créatives qui ne représenteront pas nécessairement pour le programme des coûts importants. La reconnaissance publique, l'octroi au moment opportun de droits, les échanges de droits et les dégrèvements fiscaux sont tous des moyens dont le gouvernement peut se servir pour en arriver à ses fins. »

Land and Resource Partnership

L'indemnisation sous forme autre que monétaire est reconnue et fournie dans le cadre de la loi

portant sur l'indemnisation. Cependant, il est important de savoir que le bénéficiaire de l'indemnisation doit être disposé à accepter l'autre forme qui lui est proposée; le gouvernement ne peut la lui imposer. Il faut donc généralement que le gouvernement commence par une offre d'achat au comptant. Le bénéficiaire peut accepter cette offre ou convenir d'envisager des solutions de rechange. C'est la procédure que je recommande dans notre contexte (avec des modalités spéciales pour les terres autochtones décrites ci-dessous).

Plus nombreuses sont les différentes formes d'indemnisation, plus grande est la possibilité d'un accord mutuellement satisfaisant. Je recommande qu'il n'y ait aucune restriction sur les formes d'indemnisation; le règlement devrait en fait susciter l'examen de toutes les formes pratiques d'indemnisation. Lorsque l'indemnisation n'est pas monétaire, l'évaluation doit, bien sûr, porter sur l'indemnisation en nature ainsi que sur la valeur des pertes à indemniser.

Questions afférentes

Lorsque les gouvernements imposent des restrictions sur l'utilisation des terres et des ressources, ils devraient s'assurer que des ajustements appropriés sont faits dans le cadre d'autres politiques. Si, par exemple, de nouveaux règlements diminuent la valeur des terres d'un agriculteur ou des améliorations effectuées sur ces terres, les évaluations de l'impôt foncier devraient en tenir compte. Si une entreprise d'exploitation minière qui fonctionne en vertu d'une exigence gouvernementale d'effectuer certains travaux ne peut le faire à cause d'un règlement visant la protection des habitats d'espèces sauvages, elle devrait être exemptée sans pénalité de cette exigence.

Une entreprise ayant payé d'avance les droits afférents à une ressource, qui ne peut par la suite l'extraire, devrait voir ses droits lui être remboursés. Si une entreprise d'exploitation forestière se voit interdire d'abattre le nombre d'arbres qu'elle doit récolter dans le cadre de plans de gestion approuvés par le gouvernement (qui s'appliquent parfois aux terres privées), elle devrait, elle aussi, être exemptée.

Ces exemples ne font qu'illustrer une gamme plus large de mesures afférentes. Bien que l'administration des autres politiques dépasse mon mandat, l'équité nécessite que celles-ci soient harmonisées à chaque fois que les gouvernements restreignent la liberté des propriétaires fonciers d'utiliser leurs terres et leurs ressources afin de protéger une espèce en péril.

Coordination avec les provinces et les territoires

La Loi sur les espèces en péril prend un engagement extraordinaire de coordonner les mesures fédérales de protection des espèces en péril avec celles des gouvernements provinciaux et territoriaux et de coopérer avec les peuples autochtones, les propriétaires fonciers et d'autres groupes d'intéressés également. Lorsque l'habitat essentiel d'une espèce en voie de disparition ou menacée est identifié, chaque compétence concernée doit entreprendre des mesures pour le protéger, le gouvernement fédéral sur les terres domaniales et les provinces et les territoires sur les terres à l'intérieur de leurs frontières. La Loi confère aussi au gouvernement fédéral le pouvoir de prendre des mesures réglementaires sur les terres provinciales et territoriales et, si après consultation du ministre provincial ou territorial approprié, le Ministre conclut qu'aucune autre mesure de protection n'est en place, il est obligé de recommander de telles mesures au Cabinet. De cette manière, bien que la Loi protège les espèces en péril et leurs habitats essentiels partout au Canada, elle reconnaît le pouvoir des provinces sur une grande partie des terres et des ressources du Canada, y compris de nombreuses formes d'espèces sauvages, et cherche à coordonner les efforts fédéraux de protection des espèces en péril et de leurs habitats essentiels avec ceux des gouvernements provinciaux et territoriaux.

« Nous nous préoccupons du fait que la loi fédérale reconnaisse clairement la réglementation provinciale et qu'elle soit coordonnée avec celle-ci. »

B.C. Cattlemen's Association

Par l'intermédiaire de l'accord intergouvernemental, le gouvernement fédéral est aussi engagé à collaborer avec les gouvernements provinciaux et territoriaux dans ce domaine et à adopter des lois et des programmes complémentaires. Les ministres provinciaux et territoriaux sont aussi membres du Conseil canadien pour la conservation des espèces en péril qui est responsable de la coordination des programmes des divers gouvernements qui y sont représentés. Le Conseil assure aussi une orientation générale au comité scientifique chargé d'identifier les espèces en péril, et les membres de ce comité sont choisis après consultation des gouvernements provinciaux et territoriaux. Il est évident que le programme fédéral vise à fonctionner avec la collaboration étroite et la participation des provinces et des territoires. L'absence de cette collaboration et de cette participation constituerait un grand obstacle à la politique fédérale.

Besoin pratique de collaboration

Pour des raisons plus pragmatiques, il est impératif que les relations de travail entres les ordres de gouvernement soient étroites. Une des raisons est qu'ils participent tous à la protection des espèces en péril, et la collaboration est essentielle pour éviter le dédoublement des efforts ou pire, les efforts qui s'entravent mutuellement. Tel que noté ci-dessus, la plupart des industries forestières, minières, pétrolières, hydroélectriques et d'autres ressources au Canada utilisent des baux et d'autres formes temporaires de tenure émis par les gouvernements provinciaux et territoriaux. Ces gouvernements réglementent également l'utilisation de l'eau et les décharges de déchets dans les eaux. Les différentes formes de droits utilisées par les gouvernements provinciaux et territoriaux pour rendre les ressources accessibles leur donnent les moyens de garantir la protection de l'habitat sauvage essentiel, moyens que le gouvernement fédéral ne possède pas. Pour la même raison, la collaboration étroite avec les provinces facilitera la négociation d'accords fondés sur l'intendance volontaire avec les propriétaires fonciers dans le but de protéger les habitats essentiels, minimisant ainsi le besoin de restrictions réglementaires fédérales et d'indemnisation.

J'ai aussi déjà signalé que la forme la plus appropriée d'indemnisation va probablement varier selon les circonstances, mais la portée des solutions de rechange disponibles serait

beaucoup plus limitée sans la participation des gouvernements provinciaux. De plus, la plupart des gouvernement provinciaux ont des programmes comportant des accords fondés sur l'intendance avec les propriétaires fonciers et avec d'autres intéressés qui pourraient être perturbés par un programme fédéral distinct fondé sur des modalités fiscales différentes. La plupart des provinces ont aussi des accords complémentaires comportant des mesures telles que des dégrèvements fiscaux, l'affectation de terres et leur reclassification, lesquels modifieraient les conséquences de toute intervention fédérale.

Jusqu'à maintenant, seule la Nouvelle-Écosse a des lois portant sur l'indemnisation pour les restrictions visant à protéger les espèces en péril sur les terres privées, mais d'autres provinces envisagent faire de même et certaines pourraient adopter à l'avenir des politiques en matière d'indemnisation. La possibilité que les gouvernements fédéral et provinciaux fournissent une indemnisation dans des circonstances semblables demande évidemment une conciliation.

Toutes les provinces et tous les territoires ont leurs propres programmes et activités portant sur les espèces en péril, y consacrant du personnel et des ressources en vue de réaliser des objectifs semblables à ceux du programme fédéral. Ne pas profiter de cet effort de soutien existant serait à tout le moins un gaspillage.

Puisque tant d'éléments du programme fédéral sur les espèces en péril recoupent les activités provinciales et territoriales, il est difficile d'envisager sa mise en oeuvre facile et efficace sans conventions de travail intergouvernementales claires qui visent à faire en sorte que l'effort fédéral soit un complément aux efforts provinciaux et territoriaux. La question de l'indemnisation soulève une gamme de préoccupations chez ces gouvernements; si elles ne sont pas clairement réglées, elles pourraient suffisamment diviser les parties pour entraver les efforts de protection des espèces mis de l'avant par chacune.
Des inquiétudes au sujet de la possibilité de programmes fédéraux, provinciaux et territoriaux non coordonnés ont été soulevées de nombreuses fois lors de mes consultations. Les industries forestières et minières sont particulièrement préoccupées du risque que cela aggrave l'incertitude, alourdisse les coûts et prolonge les délais de la conformité aux exigences gouvernementales. Les gouvernements provinciaux craignent le dédoublement des procédures administratives et des programmes fédéraux et provinciaux conflictuels.

Heureusement, des travaux sont déjà en cours sur une entente bilatérale qui pourrait intervenir entre le gouvernement fédéral et chacune des provinces et chacun des territoires, entente qui établirait les modalités de mise en oeuvre des engagements pris au titre de l'accord de 1996, ainsi que les exigences de la Loi sur les espèces en péril. L'entente vise à clairement établir la manière de laquelle les gouvernements vont collaborer, à minimiser le chevauchement et le dédoublement, à faire une utilisation efficace du personnel et des ressources et à harmoniser les programmes. Bien que les objectifs et les engagements seront semblables pour toutes les compétences, les modalités fonctionnelles des accords varieront afin d'accommoder les situations et les besoins précis. On peut s'attendre à ce que ces accords définissent, entre autres, la méthode que le gouvernement utilisera pour mettre en oeuvre les dispositions relatives au « filet de sécurité » de la Loi sur les espèces en péril.

« [...] le programme sur les espèces en péril a été un excellent exemple de ce qui peut être accompli lorsque collaborent les provinces, les territoires et le gouvernement fédéral pour répondre à une besoin national. [...] ces relations peuvent être renforcées davantage alors que nous négocions des accords bilatéraux pour mettre en œuvre le programme sur les espèces en péril. »

L'honorable John C. Snobelen, Ministre des Richesses naturelles de l'Ontario

Les représentants officiels travaillant à ces ententes bilatérales provisoires m'ont informé que, si un effort suffisant est consenti, ils pourraient terminer leurs travaux d'ici environ six mois. Les ministres fédéraux, provinciaux et territoriaux, réunis lors de la séance du mois d'août du Conseil canadien pour la conservation des espèces en péril, ont appuyé à l'unanimité cet effort, fournissant ainsi le soutien politique nécessaire.

Mon mandat ne porte que sur les dispositions en matière d'indemnisation de la Loi sur les espèces en péril, mais celles-ci sont si étroitement liées aux dispositions sur les restrictions réglementaires sur les terres provinciales et territoriales, et les observations qui m'ont été présentées sur le besoin de coordination dans ce domaine étaient si vigoureuses, que je ne peux éviter cette question. Force m'est de conclure que, sauf sur les terres domaniales, des éléments importants du programme fédéral sur les espèces en péril ne peuvent fonctionner de manière satisfaisante sans être étroitement intégrés aux programmes provinciaux et territoriaux, et qu'il serait à déconseiller au gouvernement fédéral d'agir unilatéralement, à moins qu'il ne devienne évident que l'effort actuel d'établir des ententes bilatérales sera caduc.

Je recommande donc que le gouvernement fédéral ne dépense aucun fonds au titre de programmes d'intendance et d'incitation avant la conclusion d'une entente bilatérale avec la province ou le territoire où les fonds seront dépensés. Cela encouragera davantage l'accélération de la conclusion de ces accords et évitera les conflits. Je recommande, de plus, que le gouvernement fédéral ne prenne aucune action unilatérale au titre des dispositions de « filet de sécurité » de la Loi sur les espèces en péril, y compris les restrictions réglementaires qui déclenchent l'indemnisation, jusqu'à ce que ces ententes soient établies, ou jusqu'à ce qu'il soit évident que de telles ententes ne peuvent être négociées.

Étant donné la nature impérative de certaines des obligations du Ministre au titre de ces dispositions, et dépendant des progrès réalisés quant à l'établissement de ces ententes avec les provinces et les territoires, il pourrait être souhaitable d'appliquer certaines parties de la Loi à différents moments.

DISPOSITIONS SPÉCIALES POUR LES TERRES AUTOCHTONES

Il est prévu que les terres autochtones jouent un rôle important dans le programme sur les espèces en péril; les dispositions de la Loi sur les espèces en péril portant sur la protection des habitats essentiels reconnaissent précisément le rôle des bandes autochtones dont les terres pourraient être touchées, ainsi que le rôle des conseils de gestion des ressources fauniques créés en vertu des accords sur des revendications territoriales.

Selon les observations qui m'ont été présentées par ceux-ci, les groupes autochtones voudront vivement collaborer aux programmes d'intendance afin de protéger les espèces en péril sur leurs terres. Dans presque tous les cas, les peuples autochtones sont profondément attachés aux terres qu'ils occupent historiquement, auxquelles ils se sont adaptés et dont ils ont dépendu, non seulement pour leur subsistance, mais aussi pour leur identité culturelle. Ils sont donc particulièrement impatients de conserver la richesse naturelle de leurs terres traditionnelles, y compris les plantes, les poissons et les animaux sur ces terres.

Les chefs autochtones que j'ai consultés perçoivent la menace des espèces comme étant un problème récent lié à l'industrialisation non-autochtone. Malgré cela, ils ont indiqué que leurs collectivités, organisations et gouvernements aideront les efforts de rétablissement, appuyés par le financement gouvernemental, à la fois comme moyen d'accroître leurs possibilités économiques, mais aussi pour démontrer leur intendance responsable. Cette volonté de participer à des mesures fondées sur la collaboration va probablement minimiser la nécessité d'imposer des mesures de contrôle obligatoires sur les terres autochtones. Il faut cependant prévoir le besoin des restrictions réglementaires dans certains cas et des modalités spéciales doivent être prévues pour les terres autochtones.

« Les peuples autochtones ont un lien culturel à la terre [...] et ils dépendent des ressources pour leur survie [...] Nous ne récoltons pas pour nous enrichir, nous récoltons pour nous nourrir. »

Ovide Mercredi

Circonstances spéciales

Une raison permettant d'accorder une attention spéciale aux terres autochtones découle du caractère unique des intérêts autochtones envers les terres et les ressources. Les droits autochtones reconnus en common law et les droits issus de traités sont protégés par la constitution. Ces deux classes de droits peuvent prendre une gamme de formes. Ils comprennent des droits de chasser, de pêcher et de pratiquer d'autres activités traditionnelles, ainsi que les titres de biens-fonds. De plus, la nature précise des intérêts juridiques qu'ont les peuples autochtones envers leurs terres peut varier selon un certain nombre de facteurs. Ceux-ci incluent si les terres font l'objet d'un titre autochtone traditionnel ou non ou si ce sont des terres de réserves détenues en fiducie par l'État pour des collectivités autochtones précises, ou si elles ont été reconnues comme des terres autochtones en fief simple au titre d'un accord sur des revendications territoriales.

Il est juste de dire que notre compréhension de la nature juridique de bon nombre de ces intérêts est en évolution. Dans de nombreux cas, il y a beaucoup d'incertitude quant à l'ampleur de ces intérêts, jusqu'à quel point ils font l'objet de la protection constitutionnelle, à quel degré il est possible de justifier des restrictions gouvernementales sur ces terres, ainsi que la nature précise de l'obligation gouvernementale d'indemniser les peuples autochtones pour tout empiétement sur leurs droits.

De plus, les accords sur des revendications territoriales, dont un certain nombre ont été conclus ces dernières années dans les territoires du Nord et en Colombie-Britannique, contiennent des dispositions détaillées au sujet des droits des groupes autochtones et des responsabilités des conseils de gestion des ressources fauniques, y compris la conservation des espèces sauvages. Certains précisent aussi des conditions régissant le versement d'indemnités.

C'est avec une certaine certitude que nous pouvons affirmer que la Loi sur les espèces en péril proposée et ses dispositions relatives à l'indemnisation ne peuvent remplacer les obligations, quelle que soit leur nature, du gouvernement fédéral en vertu de la constitution par rapport aux droits autochtones et aux droits issus de traités. Il est moins clair si les dispositions de la Loi relative à l'indemnisation complètent ces obligations et ces droits constitutionnels et si les intérêts des Autochtones relativement aux terres faisant l'objet des restrictions réglementaires qui visent la protection des habitats essentiels peuvent être indemnisés au titre de la Loi. S'ils le peuvent, l'indemnisation en vertu de la Loi compenserait probablement l'indemnisation disponible au titre d'un autre régime.

Une autre raison d'accorder une attention spéciale aux terres autochtones découle des différents genres d'avantages que les peuples autochtones tirent normalement de leurs terres. Ce qui prime, c'est que ces avantages sont souvent non commerciaux, mais concernent plutôt la subsistance ou des valeurs culturelles, cérémonielles, médicinales, spirituelles et sociales. Cela soulève un problème spécial quant à l'évaluation de la valeur des pertes qui pourraient découler des restrictions sur les utilisations traditionnelles des terres. Il est difficile de quantifier des valeurs culturelles et spirituelles en des termes monétaires normalement utilisés dans les évaluations des valeurs foncières.

L'importance des valeurs non commerciales mène également à la préférence des Autochtones pour des indemnisations autres que monétaires, par exemple l'accès à d'autres terres ou ressources. Ces deux questions sont liées, parce que la difficulté d'évaluer les valeurs culturelles et non commerciales tirées par les peuples autochtones de leurs terres peut être évitée en fournissant une indemnisation sous forme d'accès à d'autres terres et ressources là où les circonstances le rende possible.
Une troisième explication tout à fait distincte des dispositions spéciales pour les terres autochtones est la difficulté qu'ont la plupart des groupes autochtones dans leurs rapports avec les bureaucraties et les programmes gouvernementaux. Les entreprises commerciales et les propriétaires fonciers non autochtones occupent, en général, une position plus solide, possédant des connaissances spécialisées, des fonds et de l'expérience leur permettant de relever le défi d'accéder à des fonds gouvernementaux. Bien que tous les groupes expriment leur anxiété face à la bureaucratie, je n'ai aucun doute qu'est justifiée la crainte des groupes autochtones à l'effet que, sans effort spécial pour simplifier leur accès à l'indemnisation, le rendre non technique et transparent, ils seront défavorisés par rapport aux autres demandeurs ou, au mieux, ils seront forcés d'embaucher des avocats et des conseillers pour les aider à obtenir les fonds auxquels ils ont droit.

« Afin d'être équitables, les normes et les principes qui doivent être appliqués en accordant une indemnisation à ceux qui y sont admissibles au titre de la Loi sur les espèces en péril proposée doivent correctement aborder les circonstances uniques des peuples autochtones. »

Inuit Tapirisat du Canada

Accord cadre avec les peuples autochtones

Comme il le fait avec les provinces et les territoires, le gouvernement fédéral doit négocier une entente claire avec les peuples autochtones relativement à l'organisation de leurs liens fondés sur la collaboration et à son fonctionnement. Un groupe de travail autochtone a déjà commencé à travailler sur un accord autochtone en matière de protection des espèces en péril, encouragé en cela par le Ministre fédéral.

Cet accord autochtone devrait être une grande priorité et il faudrait tout faire pour qu'il soit en vigueur au moment de la promulgation de la Loi sur les espèces en péril. Cet accord devrait établir un cadre relativement aux programmes d'intendance et d'incitation sur les terres autochtones, tout en définissant l'administration des accords réglementaires et d'indemnisation lorsque la collaboration échoue.

Indemnisation

Si des accords d'intendance fondés sur la collaboration ne peuvent être négociés et que le

gouvernement a recours à des restrictions réglementaires sur l'utilisation et la gestion des terres autochtones, les dispositions relatives à l'indemnisation devraient, en général, être semblables à celles pour les terres privées décrites ci-dessus. Ainsi, lorsque des peuples autochtones ont des intérêts légalement reconnus dans des terres et que des restrictions réglementaires sur l'utilisation de celles-ci sont imposées au titre de la Loi sur les espèces en péril afin de protéger des habitats essentiels, le groupe autochtone touché devrait avoir droit à l'indemnisation conformément aux principes que j'ai décrits dans le présent rapport. Toutefois, afin de tenir compte de la situation spéciale des peuples autochtones et de leurs terres, décrites ci-dessus, les dispositions relatives à l'indemnisation devraient plus particulièrement souligner certaines modalités, notamment :

- Lorsque l'évaluation des pertes découlant de l'imposition de restrictions réglementaires sur l'utilisation des terres est effectuée, il faudrait tenir compte des qualités et des forces uniques des droits autochtones et des droits issus de traités, qui leur confèrent une valeur plus élevée que d'autres formes de droits.

- Il faudrait minutieusement tenir compte des valeurs culturelles et de subsistance que les peuples autochtones tirent de leurs terres et de leurs ressources. Ces avantages non commerciaux, n'ayant pas de prix et étant donc difficiles à évaluer en termes monétaires, sont néanmoins d'une grande valeur et sont, en fait, souvent les avantages les plus précieux pour les collectivités autochtones concernées.

- Il faudrait consentir un effort spécial pour cerner les possibilités de compenser les pertes de tels avantages d'une manière autre que monétaire. Ces solutions de rechange pourraient comprendre le remplacement de l'accès perdu aux ressources par l'accès à d'autres terres ou ressources, ou encore, l'appui à des projets de gestion des terres et des ressources et à des programmes de développement économique et social. Élargir la gamme d'occasions pour l'indemnisation non seulement facilitera la tâche de conclure un accord mutuellement acceptable, mais aidera aussi à réduire les problèmes de quantification en dollars des valeurs non commerciales.

- Dans l'examen de ces formes d'indemnisation de rechange, surtout l'appui à des projets de gestion et de mise en valeur des ressources, il faudrait tout faire afin de maximiser la participation des peuples autochtones eux-mêmes à ces travaux, afin qu'ils soient non seulement indemnisés pour leurs pertes, mais qu'ils profitent aussi, indirectement, du processus d'indemnisation.

- Les procédures de demande d'indemnisation et la négociation et l'administration des ententes qui en découlent devraient être aussi simples et directes que le permet la diligence gouvernementale raisonnable, minimisant ainsi les obstacles administratifs aux ententes qui sont tout autant favorables que celles dont bénéficient les demandeurs non autochtones.

« L'indemnisation peut devenir une solution facile, affaiblissant la volonté de trouver des solutions plus novatrices. »

Michael d'Eça, pour le Conseil de gestion des ressources fauniques du Nunavut

Plusieurs représentants autochtones ont proposé la création d'un fonds distinct d'indemnisation pour les peuples autochtones afin de faire en sorte qu'une juste part des fonds est affectée aux terres autochtones. Je doute, cependant, qu'une telle mesure servirait les fins prévues. Comme je l'ai souligné plus tôt, l'indemnisation se veut un élément mineur de la politique relative aux espèces en péril, accordée seulement lorsque des mesures préférées échouent, et ces cas ne sont probablement pas prévisibles ou séparément financés. L'objectif principal de la politique, et la plus grande partie du financement, sera orienté vers des incitatifs et des programmes d'intendance. Ce sont ces programmes qui, plus probablement, présenteront les meilleures occasions aux peuples autochtones lorsque des mesures de protection des habitats ou de rétablissement d'espèces en péril doivent être imposées sur des terres autochtones. Je suggère donc que soit envisagée la possibilité d'une affectation distincte de fonds

relativement au financement de ces autres accords fondés sur la collaboration.

« [...] le régime d'indemnisation au titre de l'article 64 doit aborder équitablement la situation unique des peuples autochtones. »

Nunavut Tunngavik Incorporated

CONCLUSION

La disposition relative à l'indemnisation contenue dans la Loi sur les espèces en péril jouit d'un fort appui de la part des propriétaires fonciers et d'autres groupes qui seront probablement touchés par cette nouvelle loi. Elle est cependant une disposition de nature très générale et discrétionnaire, ce qui suscite beaucoup d'inquiétude concernant son interprétation et son administration. Les propositions que je présente dans ce rapport visent à définir un cadre clair de procédures et de principes. Le défi a été de trouver les moyens de garantir une indemnisation équitable à ceux qui autrement subiraient une charge injuste dans la protection des habitats d'espèces sauvages, sans toutefois affaiblir l'objectif premier de la politique en matière d'espèces en péril, soit de faire participer les propriétaires fonciers et les autres à des efforts volontaires fondés sur la collaboration visant la protection des habitats des espèces en péril.

J'ai souligné à plusieurs reprises dans le présent rapport la nécessité d'être prudent dans l'élaboration et dans la mise en œuvre des accords portant sur l'indemnisation prévus dans la Loi. Un de mes motifs est que la Loi sur les espèces en péril envisage l'indemnisation seulement lorsque les propriétaires des terres touchées ne participent pas à des accords fondés sur la collaboration, ce qui a comme résultat de menacer d'affaiblir les mesures incitant la collaboration. Un autre motif est que le versement d'une indemnité pour des contrôles environnementaux de cette nature constitue un éloignement des politiques gouvernementales établies au Canada et représente un précédent ayant de grandes conséquences. Un troisième motif consiste en la nécessité de réconcilier les responsabilités et programmes critiques et superposés des autorités fédérales, provinciales, territoriales et autochtones en matière de gestion des espèces sauvages.

La dernière raison d'être particulièrement minutieux dans l'élaboration de politiques dans ce domaine est l'incertitude générale entourant l'ampleur du problème des espèces en péril au Canada, ses tendances futures et les dépenses engagées pour le régler. L'analyse des conséquences d'une protection des habitats suffisante pour renverser les tendances actuelles des espèces en péril demeure incomplète, bien que certains spécialistes prévoient qu'elle sera un défi de taille. De plus, bien que le budget fédéral de cette année ait réservé 180 millions de dollars sur cinq ans pour la mise en œuvre de la nouvelle stratégie de protection des espèces en péril, Environnement Canada a jusqu'à maintenant été incapable d'estimer le coût de l'indemnisation ou, d'ailleurs, de l'ensemble du programme.

Toute aussi incertaine est l'ampleur de la collaboration et du soutien qu'offriront les gouvernements provinciaux et territoriaux. Il faut donc, sur cette base, être prudent. Il faut aussi effectuer une évaluation et un examen exhaustifs du programme après cinq ans, tels que prévu dans la Loi.

Documents cités

Convention sur la diversité biologique. Nations Unies, New York, le 5 juin 1992, 31 I.L.M. 818 (1992). En vigueur depuis le 29 décembre 1993.

Accord national pour la protection des espèces en péril. Environnement Canada, Ottawa, 1996.

Projet de loi C-65, Loi concernant la protection des espèces en péril au Canada. 2e séance, 35e Parlement (1e lecture, le 31 octobre 1996).

Projet de loi C-33, Loi concernant la protection des espèces en péril au Canada. 2e séance, 36e Parlement (avril 2000).

Endangered Species Act, (Nouvelle-Écosse) S.N.S. 1998 a.11.

Le plan canadien pour la protection des espèces en péril : une mise à jour. Environnement Canada, Ottawa, 1999.

Loi sur les espèces en péril proposée : document de travail sur l'indemnisation. Environnement Canada, Ottawa, 2000.

Daowei Zhang. « State Property Rights: What, Where and How? », *Journal of Forestry* (avril 1996).